# Wandlungen und Neubildungen im Arbeitsvertragsrecht des Handlungsgehilfen

## Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ruprecht Strauß
aus Frankenthal (Pfalz)
Referendar in Nürnberg.

Approbiert am 6. Oktober 1929.

Buch- und Kunstdruckerei Fr. Monninger, Nürnberg, Maxplatz 42/44

Referent: Univ.-Professor Dr. E. Locher.
Dekan: Univ.-Professor Dr. E. Locher.

# Inhaltsverzeichnis.

## Symptome kommender Umgestaltung der Rechtsordnung im heutigen Stand der modernen Rechtsentwicklung

§ 1. Die moderne Rechtsentwicklung ist durch eine eigenartige Erscheinung gekennzeichnet, die sich besonders seit der Wende des 19. und 20. Jahrhunderts bemerkbar machte. Während des Weltkrieges trat sie fast vollkommen zurück, da alle gesetzgeberischen Maßnähmen, also auch solche, die grundsätzlich Neues brachten, nur vorläufigen Charakter hatten. Mit umso hemmungsloserer Gewalt verschaffte sie sich aber nach dem Umsturze mehr und mehr Geltung.

Es ist die Reaktion auf die Ueberspannung gewisser rechtsphilosophischer Theorien und Tendenzen in der Praxis.

Sie macht sich zunächst besonders im Verfassungs- und Staatsrecht bemerkbar. Gerade in dem Augenblick, in dem durch die Revolution von 1918 eine ihr vorangegangene friedliche Entwicklung vollendet und alle Voraussetzungen für die Gestaltung eines Rechtsstaates, wie ihn schon die Theoretiker der Aufklärungszeit als Gegenstück zum damaligen Polizeistaat priesen, erfüllt schienen und die Träger der Staatsgewalt gründlich gewechselt hatten, erfuhr die unbeschränkte Freiheit des Individuums, obwohl dieses inzwischen auch gegenüber dem Staate zum Rechtssubjekt geworden war, aus Rücksicht auf das große Ganze, auf die menschliche oder staatliche Gemeinschaft, kurz auf „den Staat" mannigfache Einschränkungen. Das Verhältnis zwischen Einzelindividuum und Staatsganzem näherte sich wieder jenem oft als überwunden bezeichneten Zustand, in dem der Staat alles, der einzelne Untertan — jetzt „Staatsbürger" — nichts ist.

Gesetzgebungspolitisch äußert sich die Reaktion darin, daß die legislative Gewalt, die lange Zeit hindurch im Interesse eines einheitlichen Rechts fast ausschließlich dem Staate zustand, auf manchen Gebieten wieder ausdrücklich oder mindestens dem praktischen Erfolge nach auf alle möglichen öffentlich-rechtlichen, ja teilweise sogar privatrechtlichen Körperschaften überging. —

Das Mittelalter wies bezüglich der Rechtssatzung eine kaum mehr vorstellbare Zersplitterung der Kompetenzen nach den mannigfachsten Gesichtspunkten auf. Mit der Herausbildung des territorialen Einheitsstaates wurde diese Zersplitterung, wenigstens in lokaler Hinsicht, beseitigt, der Rechtsstaat der der Aufklärungszeit folgenden Epoche beseitigte sie auch in sozialer Hinsicht. Heute dagegen sieht sich der moderne Sozialstaat, der dogmatisch größte Vereinheitlichung und Zusammenfassung aller staatlichen Kräfte bedeutet, aus praktischen Gründen gezwungen, die errungene Einheit auf diesen Gebieten wieder preiszugeben und den verschiedensten Körperschaften legislative Kompetenzen zu übertragen.

§ 2. Für das tägliche Rechtsleben jedoch liegt die einschneidendste und bedeutendste Auswirkung dieser Reaktion im Wiedererstarken von Standesrechten, zunächst im objektiven Sinn = „Rechtsordnung", die nur für bestimmte Stände Geltung hat, schließlich aber auch im subjektiven Sinne = „Standesvorrecht".

Diese Reaktion ist umso auffälliger, als gerade in der neuen und neuesten Zeit die deutsche Rechtsentwicklung dahin zu streben schien, Vorrechte einzelner Stände, Personen oder Personenkreise einzuschränken und nach Möglichkeit ganz aufzuheben. Entgegen diesem in der Reichsverfassung vom 11. August 1919 programmatisch ausgesprochenen Grundsatz drängten die Erfordernisse des Rechtslebens dazu, um der Rechtsgleichheit und Gerechtigkeit im höheren Sinne willen die äußere Gleichheit teilweise aufzuheben und große Rechtsgebiete durch umfassende Sondervorschriften zu regeln.

§ 3. Neben der mehr theoretischen, juristischen Einteilung des gesamten Rechtslebens in öffentliches Recht und Privatrecht gewinnt daher seine sich allmählich durchsetzende Gliederung nach wirtschaftlichen und sozialen Gesichtspunkten wachsende Bedeutung.

Die Einteilung des objektiven Rechts in öffentliches Recht und Privatrecht war bisher oftmals der einzige Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage, ob eine Rechtsnorm strengen oder nachgiebigen, zwingenden oder subsidiären Charakters war.

Neuerdings dagegen hängen Rangstellung und Gewicht einer Rechtsnorm häufig auch davon ab, ob es sich um eine Norm der allgemein gültigen Rechtsordnung handelt oder ob die betreffende Rechtsnorm irgend einem Sondergebiet angehört und nur für eine bestimmte, besonders von den übrigen zu unterscheidende Gruppe von Rechtssubjekten erlassen wurde. Ist letzteres einwandfrei der Fall, so folgt die Rangordnung der Normen dem Grundsatz: Lex spezialis derogat legi generali.

Da die Gebiete, um deren Sonderregelung es sich handelt, fast ausnahmslos privates und öffentliches Recht umfassen, die Grenzen zwischen diesem häufig verwischt sind und der genannte Grundsatz ebenso für öffentlich-rechtliche wie für privat-rechtliche Normen gilt, so ergibt sich die Regel, daß im Zweifel die sonderrechtlichen Normen die stärkeren sind.

§ 4. Eine Sonderregelung für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe ist natürlich nur dann veranlaßt, wenn diese Gruppe nach ihrer Natur und ihrer Stellung innerhalb des sozialen und wirtschaftlichen Lebens des Staatsganzen Rechtsbedürfnisse hat, die von denen der Allgemeinheit abweichen und vom Gesetzgeber als objektiv berechtigt anerkannt werden.

Seine Gesetzgebung trägt daher in solchen Fällen den besonderen Bedürfnissen eines Teiles der Staatsbürger Rechnung. Die Angehörigen der betreffenden Gruppe sind also in vielen Fällen auf öffentlich-rechtlichem Gebiete Vorschriften unterworfen, die gerade ihrem Stand

angepaßt sind, während die nicht zu dieser Gruppe gehörigen ohne Ansehen der Person über einen Kamm geschoren werden und sich ohne Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse der Rechtslage, in die ihre geschäftliche oder soziale Stellung sie versetzt, nach den allgemein gültigen Bestimmungen richten müssen. Auf privatrechtlichem Gebiet entspringen vielfach aus einzelnen Normen der für den betreffenden Stand geschaffenen Sonderrechtsordnung subjektive Rechte, die solche, die der Sonderrechtsordnung nicht unterstehen, naturgemäß nicht für sich in Anspruch nehmen können.

Damit hat die Sonderrechtsordnung für einzelne Stände schon gewisse Sondervorrechte geboren, die man ohne weiteres als Standesvorrechte bezeichnen kann. Die Entwicklung ist jedoch nur soweit abgeschlossen, daß gerade erst diese grundlegenden Neuerscheinungen klar und in ihrem Wesen unverkennbar hervortreten. Sie wird aber aller Voraussicht nach weitergehen und auf dem Gebiete des Privatrechts in steigendem Maße Standesvorrechte schaffen, die die Theorie unseres Rechtes noch vor kurzem nicht kannte, deren Grundlagen aber schon jetzt in den ersten bisher ausgebildeten Standesrechtsordnungen vorhanden sind.

## Kapitel I.

### Standesrechte und Ansätze zu solchen im geltenden Recht.

§ 5. Bis jetzt haben erst einige wenige Sondergruppen von Staatsangehörigen — sie sollen hier dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend als „Stände" bezeichnet werden — ihre Sonderrechtsordnung erhalten. So wenig diese einzelnen Standesrechtsordnungen in sich abgeschlossen und vollkommen sind, so wenig steht ihre Anzahl bis jetzt endgültig fest. Auch hier sind vielfach nur Ansätze vorhanden, die nur vermuten lassen, daß wir in Deutschland mit der Zeit ein vollständiges System von Standesrechten erhalten, denen gegenüber das Bürgerliche Gesetzbuch in wichtigen Teilen des Rechtes der Schuldverhältnisse, insbesondere der „einzelnen Schuldverhältnisse", möglicherweise zu einem Sondergesetzbuch der freien Berufe wird. Darüber hinaus würde es allerdings auch weiter den „allgemeinen, zivilrechtlichen Teil" der gesamten Rechtsordnung bilden, welcher die auch auf Sonderrechtsgebieten stets wiederkehrenden, grundlegenden Rechtsverhältnisse und feststehenden Begriffe ein für alle Mal festlegte, allgemeine Auslegungsregeln enthielte usw. Auf dieser gediegenen Grundlage könnten sich nach wie vor sämtliche Gesetze privatrechtlichen Charakters mit Einschluß der „Standesrechte" aufbauen.

§ 6. Das erste Standesrecht = Rechtsordnung in diesem modernen Sinn sehen wir im Handelsrecht, als der Gesamtheit aller Rechtsnormen handelsrechtlichen Inhalts, die vorzüglich im Handelsgesetzbuch mit seinen Nebengesetzen niedergelegt sind.

Es ist noch ausschließlich ein Kind des Zivilrechtes und wurde bisher auch noch stets als bürgerliches Recht im weiteren Sinne aufgefaßt.

Dabei ließ das Handelsrecht jedoch seit seiner Entstehung keinen Zweifel daran, daß es geschaffen wurde für die Bedürfnisse nur eines bestimmten Standes, nämlich des Kaufmannstandes und der wichtigsten Gruppen seiner Gehilfen im weiteren Sinne. Diesen Gesichtspunkt hat es im Laufe seiner Entwicklung immer unverkennbarer herausgearbeitet. Während nämlich das alte Handelsgesetzbuch vom 7. Juni 1869 ausging vom Begriff des Handelsgeschäftes, also wenigstens äußerlich seinen Geltungsbereich noch nach rein sachlichen Gesichtspunkten vom übrigen bürgerlichen Recht abgrenzte, stellt das neue Handelsgesetzbuch vom Jahre 1897 an die Spitze eine genaue Bezeichnung derjenigen Personengruppen, für die es Geltung haben soll. Es grenzt seinen Geltungsbereich damit nach persönlichen Voraussetzungen ab, durch die sich bestimmte Gruppen von anderen Rechtssubjekten gemeinschaftlich unterscheiden. Damit ist auch äußerlich sein Wesen als das eines Standesrechtes gekennzeichnet.

§ 7. Diese Abgrenzung war jedoch damals und ist noch heute von rein wirtschaftlichen und zwar privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten beherrscht. Das Handelsrecht bezog daher alle Rechtsverhältnisse, die in irgendeinem ursächlichen Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe standen, in seinen Machtbereich ein, ohne Rücksicht darauf, daß die rein wirtschaftliche Ausgestaltung des Handelsrechtes es doch eigentlich zum Standesrechte des wirtschaftlichen Unternehmertumes stempelte.

§ 8. Es mag vielleicht im damaligen Stand der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung begründet sein, daß man seinerzeit glaubte, mit diesem ausgesprochenen Unternehmersonderrecht gleichzeitig die Rechtsbeziehungen von Personen regeln zu können, die, wenn man so sagen will, Kaufleute nicht im wirtschaftlichen, sondern nur im technischen Sinne waren, indem sie sich als Handlungsgehilfen = unselbständige Angestellte im Dienste anderer mit Handelsgeschäften befaßten.

Andererseits ist gar kein Zweifel, daß die damalige Gesetzgebung sich bei der Regelung des Dienstverhältnisses der Handlungsgehilfen durchaus nicht nur von wirtschaftlichen, sondern in hervorragendem Maße auch gerade von sozialen Gesichtspunkten leiten ließ und den wirtschaftlich nicht ebenbürtigen, weil angestellten und daher unselbständigen „Kaufmann" vor Ausnutzung seiner wirtschaftlich schwächeren Stellung nach Kräften zu schützen suchte. Gerade dadurch jedoch, daß sie diesen abhängigen, als Einzelperson einflußlosen Handlungsgehilfen mit den übrigen „Gehilfen des Kaufmanns", den Agenten, Maklern etc., die jeder für sich wirtschaftlich selbständige, wettbewerbsfähige Vollkaufleute, d. h. Unternehmer sein können, in eine Reihe stellte und im „Handelsstand" zusammenfaßte, fügte sie in den Aufbau des Handelsrechtes einen Fremdkörper ein, der bei ober-

flächlicher Betrachtung unter Umständen darüber hinwegtäuschen könnte, daß das Handelsrecht das Standesrecht des wirtschaftlichen Unternehmertumes bildet.

§ 9. Inzwischen aber ist die Rechtsentwicklung weitergegangen und hat, ausgehend von den verschiedensten Grundlagen, wie dem Bürgerlichen Gesetzbuche, dem Handelsgesetzbuch und der Reichsgewerbeordnung, sowie von Vertragsverhältnissen, die schablonenhaft immer wiederkehren (tarifmäßige Arbeitsverträge), allmählich überall da, wo es sich um die Leistung irgendwelcher wirtschaftlich verwertbarer Arbeit, vor allem bestellter Arbeit, für andere handelte, eine strenge Trennung zwischen selbstbestimmter und fremdbestimmter Arbeit gebracht. Diese offenbar erstmals von Hoeniger[1]) angewandte Unterscheidung scheint sich allgemein in die einschlägige Literatur einzuführen; hierfür spricht jedenfalls die Tatsache, daß Staudinger[2]) den Begriff „fremdbestimmte Arbeit" in sein bekanntes Werk übernommen hat. Der Sinn der Unterscheidung ist klar: Im einen Fall ist die Bestimmung von Art und Umfang, Ort und Zeit der Willensbetätigung des Arbeitenden überlassen; im anderen Falle erschöpft sich seine Willensbetätigung in dem Entschluß, eine bestimmte Arbeit, deren Art, Umfang, Ausführungszeit etc. ein fremder Wille bestimmt bezw. zu bestimmen sich vorbehalten hat, gegen entsprechendes Entgelt auszuführen oder nicht.

§ 10. Schon von jeher finden sich in der Rechtsordnung mehr oder weniger eingehende Regelungen fremdbestimmter Arbeitsverhältnisse. Sie waren verstreut im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB.), im Handelsgesetzbuch (HGB.) und in der Reichsgewerbeordnung (RGO.).

Da diese Regelung nach Art und Umfang der überragenden Bedeutung, die die fremdbestimmte Arbeit durch die zunehmende Industrialisierung von Produktion und Verkehr und die damit Hand in Hand gehende Typisierung der einzelnen Arbeitsvorgänge im Wirtschafts- und Rechtsleben erlangte, immer weniger gerecht werden konnte, wurden die vorhandenen Normen immer mehr durch Sondervorschriften ergänzt, die teils nur für die in einem bestimmten Gesetz, z. B. dem HGB., geregelten Arbeitsverhältnisse galten, teils aber auch generelle Bedeutung für fremdbestimmte Arbeitsverhältnisse aller Art erlangten.

Die Grundzüge und Merkmale, die allen diesen Rechtsnormen, auch den in anderen, geschlossenen Gesetzen enthaltenen, gemeinsam sind, wurden für ihren rechtlichen Charakter schließlich immer wesentlicher als die, die sie in das System anderer Normensammlungen einordnen. Aus dieser Tatsache erwuchs schließlich als Inbegriff aller Rechtsnormen, die fremdbestimmte Arbeitsverhältnisse durch besondere Vorschriften regeln, der Begriff des Arbeitsrechts.

Damit war im oben dargelegten Sinne ein Standesrecht aller derer geschaffen, die unter Ausschaltung selbständiger Unternehmungs-

---

[1]) Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht S. XXX.
[2]) Staudinger, Komm. z. BGB, Band III S. 687 Ziffer 3.

lust und -möglichkeit von der Verwertung ihrer Arbeitskraft im Dienste und nach den Vorschriften anderer leben müssen. Standesrecht deshalb, weil es die Sondervorschriften für die besonderen Rechtsbedürfnisse dieses Standes, des Standes der Arbeitnehmer, im weitesten Sinne enthält.

§ 11. Man hätte bereits vor dem Kriege sehr wohl bezüglich der einschlägigen Rechtsnormen von Arbeitsrecht als einheitlichem Begriff sprechen können, von einer irgendwie systematischen Ausgestaltung war dagegen noch nichts zu bemerken. Während des Krieges war die normale Rechtsgestaltung überhaupt gehemmt; denn in den Kriegsjahren trugen alle gesetzgeberischen Maßnahmen vorläufigen Charakter und ließen oft nicht erkennen, ob sie eine erschöpfende und in sich geschlossene Regelung der betreffenden Materie darstellen sollten oder ob und inwieweit diese der für später erhofften friedlichen Entwicklung vorbehalten bleiben sollte. All dies in den Kriegsjahren etwa Versäumte hat die Gesetzgebung der ersten Nachkriegsjahre, soweit das Gebiet der fremdbestimmten Arbeitsverhältnisse in Betracht kommt, gründlich nachgeholt und vielfach neuen, bisher noch umstrittenen Grundsätzen mit unwiderstehlicher Wucht Geltung verschafft. Dadurch und von da an trat der Charakter dieser Rechtsnormen in ihrer Gesamtheit als eines besonderen Standesrechtes immer unverkennbarer in Erscheinung.

§ 12. Dem also geschichtlich (teilweise übrigens auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes) gewordenen Rechtszustand will die Gesetzgebung nunmehr, wie bereits in der Reichsverfassung vorgesehen, auch äußerlich Rechnung tragen durch umfassende systematische Kodifikation sämtlicher arbeitsrechtlicher Normen. Der Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches liegt bereits vor. Schon diese Tatsache allein bedeutet die Anerkennung eines besonderen Arbeitnehmerstandes auch im Rechtsleben und das Bekenntnis zu der Idee des Standesrechts im objektiven Sinne.

§ 13. Dieses neue Standesrecht der Arbeit, insbesondere der fremdbestimmten Arbeit, wird jedoch, wie aus den bisherigen Darlegungen hervorgeht, keineswegs aus dem Nichts geschaffen werden. Sein Gerippe ist bereits vorhanden, in den derzeit geltenden arbeitsrechtlichen Normen öffentlich- und privatrechtlicher Natur, die zum Teil gegenüber dem Rechtszustand vor dem Kriege und vor dem Umsturz eine grundlegende Umgestaltung bedeuten. Sie finden sich, wie schon erwähnt, teils eingestreut in andere Gesetze — BGB., HGB., RGO. —, teils in kleineren und größeren Gesetzen besonders zusammengefaßt, wie z. B. in der Schlichtungsordnung (SchO.), der Tarifvertragsverordnung (TVV.) und dem Betriebsrätegesetz (BRG.).

Sie werden zwar sicherlich bei der Einordnung in das künftige große Arbeitsgesetzbuch äußerlich umgestaltet werden, ihre Grundzüge und leitenden Ideen werden aber aus dem kommenden Arbeitsrecht nicht nur nicht verschwinden, sondern ihm vielfach geradezu sein spezifisches Gepräge geben. Denn, daran ist festzuhalten:

§ 14. Das Arbeitsrecht ist vorhanden, es braucht nicht erst geschaffen, sondern nur kodifiziert zu werden. Sein Gegenstand und daher auch Gegenstand der zu erwartenden Kodifikation ist

> „die Rechtsgestaltung für die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Hinsicht, die vor allem umfaßt: Arbeitsbeschaffungs- und Arbeitsvertragsrecht, Berufs- und Betriebsverfassungsrecht, Arbeitsschutz- und Streitrecht, Sozialversicherungs-, Lohnsteuer- und internationales Arbeitsrecht." (Vergleiche Jadesohn, Das ges. Arb.-Recht Deutschlands, Einleitung I, S. 3).

§ 15. Wie das Handelsrecht vorwiegend von privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten beherrscht wird, so das Arbeitsrecht ausschlaggebend von sozialen Erwägungen. —

Arbeitsrecht und Handelsrecht sind nun keineswegs ausschließlich für Rechtsbeziehungen zwischen Angehörigen des Kaufmannsstandes bezw. des Arbeitnehmerstandes unter sich maßgebend, sondern regeln in einem breiten Teil ihrer Bestimmungen gerade auch die Rechtsbeziehungen der betreffenden Standesangehörigen zu Dritten; besonders das Arbeitsrecht hat hierin eine seiner wichtigsten Aufgaben zu erfüllen. Dabei betreffen ihre Bestimmungen jedoch vor allem die Rechtsbeziehungen, die gerade für den betreffenden Stand von lebenswichtiger Bedeutung sind, tragen daher gerade dessen Bedürfnissen am stärksten Rechnung und kennzeichnen sich dadurch beispielsweise als Standesrecht der Arbeitnehmer, obwohl letzterem in gleicher Weise auch die Arbeitgeber unterworfen sind. Es ist daher vollauf gerechtfertigt, zu behaupten: Das Sonderrecht des Unternehmerstandes als solchen (also nicht als Arbeitgeber, denn nicht jeder Unternehmer ist zugleich Arbeitgeber) sei im Handelsgesetzbuch, das Sonderrecht des Arbeitnehmers würde im Arbeitsgesetzbuch zusammengefaßt.

## Kapitel II.

## Gegensätze, Berührungspunkte und Wechselbeziehungen zwischen Handelsrecht und Arbeitsrecht.

§ 16 Die beiden Sonderrechtsgebiete, die als erste eine planmäßige, sie als Standesrechte kennzeichnende Ausgestaltung erfuhren bezw. in allernächster Zeit erfahren werden, berühren sich infolge ihrer Stellung und Bedeutung im Wirtschaftsleben in unzähligen Punkten. Es genüge hier der Hinweis darauf, daß z. B. die Werke der Schwerindustrie, die einerseits Arbeitnehmer aller Art in großer Zahl beschäftigen, andererseits bedeutende Kaufleute im Sinne des HGB. sind, infolgedessen also Rechtsbeziehungen eingehen müssen, von denen die einen nach dem HGB., die andern nach arbeitsrechtlichen Gesetzen beurteilt werden müssen; umgekehrt sind die kaufmännischen Angestellten für handelsgewerbliche Betriebe jeder Art und jeden Umfangs

von höchster Wichtigkeit und Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechtes, doch nicht nur dem allgemeinen Arbeitsrecht, sondern auch noch immer dem Handelsrecht als „Handlungsgehilfen" unterworfen.

Zu diesen allgemeinen Berührungspunkten gesellt sich aber bei dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung noch ein besonders wichtiger, der darin liegt, daß der Einzelarbeitsvertrag des Handlungsgehilfen teilweise durch Vorschriften des HGB. als handelsrechtliche Sondervorschriften, teilweise durch arbeitsrechtliche Sondernormen geregelt ist.

Daraus ergeben sich naturgemäß mannigfache Kollisionsmöglichkeiten, die eine Untersuchung wünschenswert erscheinen lassen, was heute für den Arbeitsvertrag des Handlungsgehilfen rechtens ist, bezw. inwieweit unter der Herrschaft des Arbeitsrechtes die bisher für das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen bestimmenden Faktoren etwa an Kraft und Bedeutung eingebüßt haben und welche anderen dabei an ihre Stelle getreten sind.

Die außerordentliche praktische Bedeutung dieser Frage ergibt sich ohne weiteres aus dem bereits erwähnten Umstand, daß die größten, für die Volkswirtschaft wichtigsten kaufmännischen Unternehmen, wie z. B. Großbanken und Industrie, ohne Handlungsgehilfen überhaupt undenkbar sind. —

§ 17. Solange die Dienstverhältnisse des Handlungsgehilfen durch das HGB. geordnet werden, vielleicht auch noch länger, ist der Abschluß des Dienstvertrages des Handlungsgehilfen auf Seiten des Arbeitgebers ein Handelsgeschäft im Sinne des HGB. Andererseits ist zweifellos derselbe Dienstvertrag ein Einzelarbeitsvertrag im Sinne des Arbeitsrechtes. Es wurde bereits unter § 15 kurz darauf hingewiesen, daß Handelsrecht und Arbeitsrecht von ganz verschiedenen, sich teilweise widerstrebenden Grundgedanken beherrscht sind.

Die zielgebenden Ideen eines ganzen Rechtsgebietes, besonders eines Standesrechtes im hier in Frage stehenden Sinn, können teils durch öffentlich rechtliche, teils durch privatrechtliche Normen verwirklicht werden. Die vorliegende Abhandlung soll sich, soweit ausscheidbar, nur mit den privatrechtlichen Normen bezw. ihrer privatrechtlichen Seite, zu befassen haben.

§ 18. Das Standesrecht des freien wirtschaftlichen Unternehmertumes verlangte auf privatrechtlichem Gebiet eine Regelung, die großzügigen Unternehmungsgeist förderte, Freiheit der Entschließung wahrte, auf weite Sicht getroffenen Maßnahmen auch für die Folgezeit ihre rechtlichen Folgen sicherte und so dem Einzelnen die Möglichkeit gab, seine Fähigkeiten, sein Kapital und seine Beziehungen im Wirtschaftskampf voll, aber mit Aussicht auf Erfolg, einzusetzen, wodurch ein gesunder Wettbewerb gewährleistet wird.

§ 19. Das Standesrecht des Arbeitnehmers dagegen, der sozusagen nackt und bloß im Wirtschaftskampf steht, nichts einzusetzen hat als das, was die Natur ihm gab, nämlich seine persönliche Arbeitskraft, ein allerdings durch Raubbau sehr dehnbares Vermögensgut, infolgedessen darauf angewiesen ist, dieses sein einziges Gut unter allen Umständen zu verwerten, muß dies kostbare Gut nach Möglichkeit schützen und seine zweckmäßige Verwendung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben gewährleisten.

§ 20. Seinem Zweck entsprechend ist das HGB. bestrebt, den Grundsatz der absoluten Vertragsfreiheit soweit als möglich auszudehnen und der freien Willensentschließung der Vertragsteile nach Möglichkeit nur durch die Rücksichtnahme auf Recht und Billigkeit und Treu und Glauben im Zusammenhang mit der Verkehrssitte Schranken zu setzen. Es enthält daher z. B. außerordentlich viele Rechtsnormen bloß dispositiven Charakters.

§ 21. Dagegen muß das Arbeitsrecht seine Zwecke gerade dadurch zu erreichen suchen, daß es der schrankenlosen Vertragsfreiheit nur soviel Raum in seinem Geltungsbereich gönnt, als wiederum notwendig ist, um eine Gestaltung irgendwelcher Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse überhaupt noch durch Vertrag vornehmen zu können und nicht die Parteien einer Art Kontrahierungszwang zu unterwerfen oder ihnen faktisch die Geschäftsfähigkeit zu entziehen.

§ 22. Man hatte bereits zu der Zeit, als das HGB. (ergänzt durch das BGB.) die einzige Privatrechtsquelle für das Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen darstellte, eingesehen, daß die schrankenlose Herrschaft der Vertragsfreiheit auf diesem Gebiete zu ungerechten Zuständen, ja geradezu zur Entrechtung des wirtschaftlich Schwächeren führen müsse und dieser Einsicht dadurch Rechnung getragen, daß man die Vertragsfreiheit des HGB. in einer Reihe bedeutsamer Punkte einschränkte. Man ging dabei allerdings bei weitem nicht so radikal vor, wie die arbeitsrechtliche Gesetzgebung von heute und ließ keinen Zweifel darüber, daß man grundsätzlich an der Vertragsfreiheit als solcher festhielt und nur einzelne, offenbar unsinnige Auswirkungen dieses Grundsatzes verhindern wollte.

Heute dagegen wird man günstigsten Falles starke Zweifel hegen müssen, ob der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht überhaupt aus dem Arbeitsverhältnis auch des Handlungsgehilfen geschwunden und nur noch in Ausnahmefällen zugelassen ist — wenn man nicht diese Frage rückhaltlos bejahen will.

§ 23. Die Kollision der beiden Rechtsgebiete Handelsrecht und Arbeitsrecht, die hier als Standesrechte bezeichnet werden sollen, findet ihren äußeren Ausdruck in der Kollision der Normen des HGB. und der arbeitsrechtlichen Gesetze, da diese zum Teil das gleiche konkrete Arbeitsverhältnis zum Gegenstand haben.

Der Handlungsgehilfe, nach der gesetzlichen Definition im § 59 HGB. eine Person, die kraft Dienstvertrages im Sinne des BGB. zur Leistung kaufmännischer Dienste in einem Handelsbetrieb verpflichtet ist, ist — abgesehen von verschiedenen hier nicht berücksichtigten Ausnahmen, wie z. B. den meisten leitenden Angestellten — immer zugleich Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechtes. Das ergibt sich wiederum einwandfrei aus der gesetzlichen Definition des Begriffes Arbeitnehmer:

Die arbeitsrechtlichen Gesetze, z. B. §§ 10 ff. BRG., § 5 AGG., greifen zur Kennzeichnung einer Gruppe derer, die sie als Arbeitnehmer zusammenfassen, nämlich der „Angestellten“, auf das Angestelltenversicherungsgesetz vom 28. 5. 24 zurück, dieses entnimmt den Begriff eines Teiles der „Angestellten“ aus dem HGB., sodaß der dort geschaffene Begriff „Handlungsgehilfe“ nunmehr als ein Unterbegriff des Begriffes „Angestellter“ und dieser wiederum als Unterbegriff der Sammelbezeichnung „Arbeitnehmer“ erscheint. Letztere Sammelbezeichnung umfaßt also eine Anzahl in sich geschlossener Personengruppen, deren eine die der Handlungsgehilfen ist. Dadurch steht, wo das Gesetz schlechtweg von „Arbeitnehmern“ spricht, die Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Bestimmungen auf das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen auch da außer Zweifel, wo sie im Gesetz nicht ausdrücklich festgestellt ist.

§ 24. Innerhalb des Arbeitsrechtes, das, wie gesagt, öffentlich rechtliche und privatrechtliche Bestimmungen in bunter Fülle enthält, nimmt die Regelung des Einzelarbeitsvertrages immer noch einen erheblichen, innerhalb des entsprechenden Abschnittes des HGB. einen beherrschenden Raum ein.

Ein Vertragsverhältnis, d. i. ein durch Vertrag begründetes Schuldverhältnis, ist eine ein für allemal feststehende Grundform der Rechtsbeziehungen zwischen zwei Rechtssubjekten, die auf allen Rechtsgebieten ihrem Wesen nach die gleiche bleibt, auch wenn sie im einzelnen jeweils noch so verschieden ausgestaltet sein mag. Sie ist bei den einseitigen und den zweiseitigen, bei den abstrakten und den kausalen, bei den freiwilligen und den Zwangsverträgen immer bedingt durch das Vorliegen einer Willenseinigung der Vertragsschließenden, d. h. den Umstand, daß zwei Rechtssubjekte bezüglich eines Rechtsverhältnisses das Gleiche wollen.

Ist Gegenstand dieser Willensübereinstimmung ein auf Leistung von Diensten gegen Entgelt gerichtetes Schuldverhältnis, kraft dessen der eine Teil verpflichtet ist, dem andern Teil seine Arbeitskraft ganz oder teilweise so zur Verfügung zu stellen, daß dadurch ein Unterordnungs-, ein Gehorsamsverhältnis entsteht, so haben wir einen Einzelarbeitsvertrag.

Sind die Dienste, zu deren Leistung der Arbeitsvertrag den Dienstverpflichteten anhält, kaufmännischer Art, so handelt es sich um den Dienstvertrag des Handlungsgehilfen.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze steht außer Zweifel, daß das Arbeitsverhältnis sowohl nach dem HGB. als nach den arbeitsrechtlichen Gesetzen ein Vertragsverhältnis ist, d. h. nach dem früher Gesagten ein Schuldverhältnis, das durch einen Vertrag zwischen einem bestimmten einzelnen Arbeitgeber und einem bestimmten einzelnen Arbeitnehmer begründet wird.

## Kapitel III.

### Grundlagen und Wesen des Arbeitsverhältnisses des Handlungsgehilfen vor und nach dem Umsturz der staatlichen Verhältnisse. Ueberblick.

§ 25. Soll durch einen Vertrag ein Schuldverhältnis begründet werden, so muß die Willenseinigung der Parteien mindestens vorliegen bezüglich Art und Umfang von Leistung und Gegenleistung. Erforderlich zur Begründung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses ist demnach eine Uebereinkunft der Vertragsteile darüber, welche Dienste die eine Partei zu leisten und welches Entgelt die andere Partei zu gewähren hat. Das ist das Sine qua non eines jeden schuldrechtlichen Vertrages. Ueber die Art und Weise der Festlegung dieses grundlegenden Vertragsinhaltes und über die Auslegung irgendwelcher Ausdrücke oder stillschweigender Willenserklärungen später mehr.

§ 26. Bis zum Umsturz im Jahre 1918 war die Begründung eines Arbeits- oder Dienstvertrages zwischen einem Kaufmann als Dienstberechtigtem und einem kaufmännischen Angestellten als Dienstverpflichtetem ausschließlich nach den Vorschriften des HGB. zu beurteilen. Dessen Vorschriften sind bezüglich der Begründung als solcher so dürftig wie möglich, sie erschöpfen sich in den Worten: „...... angestellt ist" in § 59 HGB. Für den Begriff des „Angestellt-seins" fehlt jede gesetzliche Definition. Die grammatische Auslegung dieses Begriffes nach dem allgemeinen Sprachgebrauch läßt jedoch keinen Zweifel darüber aufkommen, daß unter „anstellen" die sich in der In-Dienst-Stellung des Angestellten im Betriebe des Geschäftsherrn äußernde Willenseinigung der Parteien zu verstehen ist.

Da das Gesetz den Begriff des Angestellt-seins in Verbindung mit verschiedenen anderen zur Definition des Begriffes Handlungsgehilfen verwendet, ersteres also ein Begriffsmerkmal des letzteren sein muß, ergibt sich, daß das Gesetz als Handlungsgehilfen nur den betrachtet, dessen Rechts-, Arbeits- und Dienstbeziehungen zum Geschäftsherrn durch eine solche Willenseinigung, also einen Vertrag begründet sind. Mit anderen Worten: Ein arbeitsrechtliches Schuldverhältnis zwischen Geschäftsherren und Handlungsgehilfen konnte nach dieser nicht ausdrücklichen, aber trotzdem eindeutigen Gesetzesvorschrift ausschließlich durch einen gegenseitigen Vertrag begründet werden.

Im übrigen ergibt sich die vertragliche Natur des Arbeitsverhältnisses nach § 59 HGB. auch indirekt aus dem BGB. Wie unter § 5 entwickelt, bleibt das BGB. trotz der Herausbildung verschiedener,

von entgegengesetzten Gesichtspunkten beherrschter Standesrechte auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes, vor allem aber des Schuldrechtes, grundlegend und maßgebend für die Auslegung und Einteilung elementarer schuldrechtlicher Begriffe.

So bedeutet das Arbeitsverhältnis zwischen Kaufmann und Handlungsgehilfen zunächst lediglich eine Spezialisierung des allgemeinen schuldrechtlichen Begriffes „Dienstverhältnis", der in seinen Grundzügen bereits im BGB. geregelt ist, und dessen Grundsätze, wo das Spezialgesetz versagt, eben auch auf das besondere Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen Anwendung finden. Demnach dürfte mit Rücksicht auf die klare Fassung des § 611 BGB. („Dienstvertrag", „sich verpflichtet") trotz der dürftigen Anhaltspunkte im § 59 HGB. außer Frage stehen, daß das Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen durch einen Vertrag begründet werden muß.

Dieses so begründete gegenseitige Vertragsverhältnis unterschied sich bis zum Umsturz juristisch nicht irgendwie wesentlich von der Masse anderer gegenseitiger Vertragsverhältnisse, wie sie im BGB. und HGB. und im gesamten Obligationenrecht überhaupt allgemein vorkommen, obwohl auch schon damals für seinen Inhalt Bestimmungen maßgebend waren, die teils nicht dem HGB. angehörten (Gewerberecht!), teils zwar dem HGB. entstammten, aber öffentlich-rechtlichen Charakter trugen.

§ 27. Das Verhältnis des kaufmännischen Dienstvertrages als eines zivilrechtlichen Vertrages unter vielen anderen gleichartigen änderte sich mit einem Schlage, als auf den unglücklichen Ausgang des Weltkrieges der Umsturz aller staatlichen Verhältnisse folgte, der bekanntlich ganz unvermittelt einer Reihe neuer Tendenzen vorwiegend sozialpolitischer Natur zum Durchbruch und zur gesetzlichen Anerkennung, ja sogar Regelung verhalf, die bis dahin nicht anerkannt, sondern gerade auf dem Wege der Gesetzgebung bekämpft und in engen Schranken gehalten worden waren.

Die Rechtsentwicklung, die die damalige überstürzte Gesetzgebung einleitete, schien, wie überhaupt, so gerade auf dem vorliegenden Gebiete, Wege einschlagen zu wollen, die eine vernunft- und planmäßige Fortentwicklung, Ausgestaltung und Ergänzung der vorhandenen Rechtsnormen, vor allem durch die Fülle „ad hoc" erlassener Gesetze, überhaupt ausschlossen. Doch nicht alle Produkte jener Epoche der Gesetzgebung hatten dauernden Bestand; vielen war schon durch ihren erklärten Charakter als „Demobilmachungsgesetze, -Verordnungen und Bestimmungen" nur ein begrenzter Wirkungskreis zugewiesen. Mit der Abwicklung der sogenannten „wirtschaftlichen Demobilmachung" verschwanden und verschwinden sie früher oder später; andere wieder erfuhren mannigfache Umgestaltungen, viele wurden anderen, ähnliche Zwecke verfolgenden angeglichen und in immer weiterem Umfang nach großen Gesichtspunkten mit anderen zusammengefaßt, ihnen auch ein-, ja sogar untergeordnet.

So schälte sich aus dem Wirrwarr der ersten Nachkriegszeit nach und nach das heraus, was menschlichem Ermessen nach Bestand haben soll, wenn es auch in der Form noch manchen Wandlungen bis zum heutigen Tag unterworfen ist und weiter unterworfen sein wird, bis die Einführung des umfassenden, systematisch gegliederten Arbeitsgesetzbuches auch äußerlich einen gewissen Beharrungszustand bringen wird.

Die grundsätzlichen Wandlungen jedoch, die das Arbeitsrecht des Handlungsgehilfen im Laufe der Zeit erfahren hat und die teilweise auch unbemerkt unter dem Deckmantel der Mobilmachungs-, Kriegs-, und Demobilmachungsverordnungen vorläufigen Charakters sich vollzogen, teils lange Zeit hindurch durch die tendenziöse Haltung des Gesetzgebers, dessen Maßnahmen nicht durch die Bedürfnisse des Rechtslebens, sondern durch die Machtgelüste politischer Gruppen und sozialer Klassen bestimmt wurden, sachlicher Kritik entzogen waren, liegen nunmehr unverkennbar zutage und lassen sich auch beim gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung klar und eindeutig kennzeichnen.

§ 28. Das Ergebnis nach dem Stand der Gesetzgebung etwa zu Beginn des Jahres 1928 ist:

I. Behauptet hat sich der Charakter des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses des Handlungsgehilfen als Vertragsverhältnis.

II. Mannigfache Wandlungen haben dagegen die seinen Inhalt bestimmenden Normen erfahren. Das war eine notwendige Folge des Kampfes der beiderseitigen Grundprinzipien des Handelsrechtes und des Arbeitsrechtes, der Vertragsfreiheit hier, des sozialen Schutzzweckes dort. In diesem Kampf ist die Vertragsfreiheit aus manchen Gebieten völlig verdrängt, auf anderen stark beschnitten worden.

III. Völlig neu ist dagegen auf diesen Gebieten, daß für den Inhalt der Verträge neben dem Willen der Parteien nicht mehr ausschließlich die Gesetze und höchstens noch das Gewohnheitsrecht maßgebend sind, sondern daß Rechtsquellen auch die Satzungen bestimmter mit Autonomie ausgestatteter Personenmehrheiten (= Vereinigung von Rechtssubjekten) geworden sind. Letztere nehmen sogar in der Praxis bezüglich der näheren Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse einen sehr breiten Raum ein.

§ 29. Nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung ist jeder Zweifel darüber, daß Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis nach wie vor auf Vertrag beruhen, ausgeschlossen.

Die arbeitsrechtlichen Gesetze enthalten nicht eine einzige Bestimmung, die direkt die Begründung eines Einzelarbeitsverhältnisses zum Gegenstand hätte. Sie enthalten jedoch auch keine Bestimmung, die die überkommenen Rechtsnormen, aus denen sich früher die vertragliche Natur des Arbeitsverhältnisses herleitete, gerade in dieser Wirkung beeinträchtigte. Weder § 59 HGB. noch auch der vom Standpunkt des Handelsrechtes subsidiär heranzuziehende § 611 BGB. ist für

die Dienstverhältnisse, die dem Arbeitsrecht im engeren, standesrechtlichen Sinne angehören, grundsätzlich aufgehoben. Theoretisch gelten beide nach wie vor. Daran ändert es auch nichts, daß die Auslegung dieser Paragraphen — besonders die des § 59 HGB. — in concreto vielfach eingeengt ist durch die verschiedensten Vorschriften der arbeitsrechtlichen Gesetze und sie dadurch oftmals ganz andere Rechtsfolgen zeitigen, als sie im gleichen Falle vor Inkrafttreten der betreffenden arbeitsrechtlichen Gesetze gezeitigt hätten. Aber dieses Schicksal kann jeder Norm des geltenden Rechtes, die der Auslegung und dem Parteiwillen überhaupt einen gewissen Spielraum läßt, durch eine später, vielleicht auf einem völlig anderen Rechtsgebiet erlassene Rechtsnorm bereitet werden. Es ist selbstverständlich, daß Rechtsfolgen einer nachgiebigen Rechtsnorm, die in Widerspruch mit einer später erlassenen zwingenden Rechtsnorm geraten, dieser weichen müssen. Ebenso selbstverständlich ist es andererseits, daß mit der Vernichtung einer Wirkung der Rechtsnorm nicht notwendig diese selbst aufgehoben wird.

So auch hier: Unbeschadet der im Folgenden zu behandelnden Tatsache, daß der Abschluß eines Arbeits-, eines Dienstvertrages, ganz andre Rechtsfolgen haben kann, als er es vor vielleicht 15 Jahren gehabt hätte, und für das Arbeitsverhältnis selbst von viel geringerer Bedeutung ist, als eine Reihe anderer Faktoren, beruht noch heute jedes bestehende und entstehende Arbeitsverhältnis in der oben aus § 59 HGB. und § 611 BGB. abgeleiteten Weise auf einem Vertragsschluß.

§ 30. Bedenken gegen die rein vertragliche Entstehung oder Grundlage des Arbeitsverhältnisses konnten sich besonders zu der Zeit erheben, als ein wichtiger Faktor des heutigen Arbeitsrechtes noch in gewohnheitsrechtlicher Bildung begriffen und noch nicht einmal teilweise kodifiziert war, nämlich das Tarifwesen im weitesten Sinne.

Es hatte damals den Anschein, als sei es nicht mehr Sache der zunächst Beteiligten, des Dienstberechtigten und des Dienstverpflichteten, das Schuldverhältnis zu begründen, das dem einen Teil Anspruch auf Arbeitsleistung, dem andern Anspruch auf Entgelt gibt; vielmehr schien diese Aufgabe von überindividuellen Organen, deren Satzungsgewalt man sich freiwillig untergeordnet hatte, nämlich den Arbeitnehmer und den Arbeitgeberverbänden, und vor allem den Tarifgemeinschaften, welche beide in sich vereinigen, übernommen worden zu sein.

§ 31. Der Tarifvertrag stellte begrifflich etwas vollkommen Neues dar und hatte weder im Privatrecht noch im öffentlichen Recht irgend eine Parallele. Sein Siegeszug konnte sehr wohl die Auffassung hervorrufen, daß sich, soweit seine Herrschaft reichte, die Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Tarifvertrag gründeten, obwohl dieser weder zwischen ihnen selbst geschlossen, noch auch überhaupt ein „Vertrag" über Leistung und Gegenleistung im rein vermögensrechtlichen Sinne war, sondern nur

durch Vereinbarung von Richtlinien ein gewisses Verhalten bestimmter Personen „gewährleisten" sollte. Es schien sich somit tatsächlich eine vollkommen neue Art der Begründung eines Schuldverhältnisses, nämlich durch einen Vertrag zwischen Dritten herauszubilden — was nicht zu verwechseln ist mit Verträgen zu Gunsten Dritter; mit solchen hat der Tarifvertrag nicht das Geringste gemein.[3])

§ 32. Die aufgeworfenen Fragen waren auch durchaus nicht nur von rein theoretischer Bedeutung; denn wenn tatsächlich unter dem Einfluß des Tarifvertrages das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen nicht mehr auf einen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegründet gewesen wäre, so hingen die Vorschriften des ersten Buches des HGB., sechster Abschnitt, deren Geltung, wie früher ausgeführt, einen Vertrag zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses voraussetzt, vollkommen in der Luft. Mangels eines Vertrages zwischen den berechtigten bezw. verpflichteten Parteien hätten aber selbst dann die mannigfachen Auslegungs- und Ergänzungsvorschriften des HGB. auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung finden können, wenn der Tarifvertrag, welcher es begründete, an sich für die Anwendung der betreffenden handelsrechtlichen Vorschriften Raum gelassen hätte.

Da man wohl annehmen darf, daß die große Masse der Handlungsgehilfen, in größeren Städten wohl ohne Unterschied des Geschäftszweiges, in dem sie angestellt sind, auf dem Lande zum mindesten die der größeren Betriebe, in Verbänden zusammengeschlossen sind, die für ihre Angehörigen mit den Arbeitgebern bezw. deren Verbänden Tarifverträge abschließen, so ist es klar, daß die Auswirkungen dieses Problems sich auf den größten Teil der Arbeitsverhältnisse erstrecken mußte, die überhaupt bis dahin dem HGB. unterworfen waren.

§ 33. Die Verordnung über Tarifverträge vom 23. 12. 18 (TVV.) stellt in ihrer derzeit gültigen Fassung[4]) in § 1 den Arbeitsvertrag = Einzelarbeitsvertrag und den Tarifvertrag als zwei vollständig verschiedene Dinge nebeneinander. Es ist nicht Aufgabe dieser Abhandlung, das Wesen der Tarifverträge zu erforschen; es genügt hier, festzustellen, daß die Verordnung über den Tarifvertrag vom Abschluß des Arbeitsvertrages als von etwas spricht, was außerhalb der Aufgabe des Tarifvertrages liegt, und daß sie weiter davon spricht, daß zwischen den Parteien des Einzelarbeitsverhältnisses etwas vereinbart wird. Daraus ergibt sich zweifelsfrei, daß das Arbeitsverhältnis als solches **nicht** durch den Tarifvertrag begründet wird, sondern durch Abschluß eines Einzelarbeitsvertrages, der neben dem Tarifvertrag unverminderte Geltung behält, aber zwischen völlig anderen Parteien besteht als denen des Tarifvertrags. Die Aufgabe des Tarifvertrags ist es vielmehr, den Inhalt des neben ihm abgeschlossenen

---

[3]) bestritten; zustimmend: Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 444, Anm. 3. a. Meing., RGR—Komm. Bd. I, S. 221 und 541. Staudinger, Komm. z. BGB, Band II, S. 539.

[4]) Fassung nach der V. O. vom 31. 5. 20. Ges. vom 23. 1. 23, dem Betriebs-Räte-Ges. vom 4. 2. 20 und der Schlichtungsordnung vom 30. 10. 22.

bezw. abzuschließenden Arbeitsvertrages *normativ* zu regeln. Davon unten mehr.

§ 34. Die klare Trennung der Kompetenzen des Arbeits- und des Tarifvertrages, die schon bei Beginn der Kodifikation des bis dahin fast nur gewohnheitsrechtlich entwickelten Arbeitsrechtes in der Tarifvertragsverordnung vorgenommen wurde, ist von der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung der folgenden Jahre bis heute folgerichtig durchgeführt worden. Aus fast allen einschlägigen Gesetzen ist direkt oder indirekt die Anerkennung des *Einzelarbeitsvertrages als des das arbeitsrechtliche Schuldverhältnis begründenden Rechtsgeschäfts abzuleiten.* Aus der Fülle des Materials seien nur einige Stellen, die den Arbeitsvertrag ausdrücklich nennen, herausgegriffen: § 2 Ziff. 2 AGG. („. . . bürgerliche Rechtsstreitigkeiten . . . . über das Bestehen oder Nichtbestehen eines *Arbeitsvertrages*"); § 89 BRG. („. . . . falls er inzwischen einen neuen *Dienstvertrag* geschlossen hat . . . .").

Nachdem das kodifizierte Arbeitsrecht den Einzelarbeitsvertrag als solchen neben dem Tarifvertrag zuläßt, ja sogar zur Anwendbarkeit des Tarifvertrages notwendig erfordert, bleiben auch heute noch die §§ 59 HGB. und 611 BGB. auf alle Fälle insoweit gültig, als sie für das *Rechtsgeschäft*, das zwischen zwei Parteien ein Arbeits- oder Dienstverhältnis begründen soll, von Bedeutung sind.

§ 35. Für den Abschluß dieses Rechtsgeschäftes selbst herrscht kein Formzwang. Keine neuere arbeitsrechtliche Norm enthält irgendwelche Vorschriften über eine einzuhaltende Form, das HGB. schweigt sich über die Form dieses Rechtsgeschäftes aus, das BGB. gewährt, wie für kausale Verträge überhaupt, für den Arbeitsvertrag und zwar im weitesten Sinne von *Dienst*- und *Werk*vertrag ebenfalls Formfreiheit. Denkbar, für die Praxis jedoch kaum wahrscheinlich, wäre, daß ein Tarifvertrag den Beteiligten die Beobachtung einer bestimmten Form beim Abschluß von Einzelarbeitsverträgen zur Pflicht macht. Diese Möglichkeit hängt mit dem Wesen des Tarifvertrages überhaupt zusammen, das unten eine besondere, wenn auch auf das Notwendigste zu beschränkende Würdigung erfahren wird. —

§ 36. Von der im Vorstehenden behandelten Begründung des Arbeitsvertrages abgesehen, ist jedoch *der vertragliche Charakter* des arbeitsrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stark zurückgedrängt worden. Die Charakterisierung eines Schuldverhältnisses als „*Vertragsverhältnis*" liegt meist besonders darin, daß von den das konkrete Schuldverhältnis normierenden Faktoren *die Willenseinigung der Parteien* der wichtigste und bei der Auslegung der *Wille der Parteien* der entscheidende Faktor ist. Nach der Stärke des Einflusses, der dem beiderseitigen Parteiwillen auf die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses eingeräumt ist, bemißt sich der Umfang der Vertragsfreiheit.

Je stärker und zahlreicher die vertraglichen Merkmale eines Schuldverhältnisses sind, umso reiner ist das Prinzip der letzteren gewahrt.

Im Arbeitsrecht ist das Gegenteil der Fall. Wenn das Schuldverhältnis, das auf Arbeitsleistung gegen Entgelt bei Unterordnung der Arbeit Leistenden unter den Willen und die Anordnungen des Arbeitsherrn gerichtet ist, durch die Willenseinigung der Parteien einmal begründet ist, so spielt ihr Wille bei der weiteren Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen aus diesem Schuldverhältnis nur noch eine bescheidene Rolle.

## Kapitel IV.

## Arbeitsvertrag und Vertragsfreiheit.

§ 37. Solange die Rechtsnormen, die ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis bestimmten, gleich denen, die den Werkvertrag regeln, nur einen unbedeutenden Ausschnitt aus dem Gebiet des gesamten Schuldrechtes, insbesondere in seiner handelsrechtlichen Modifikation, darstellten, blieben dessen Grundsätze restlos gewahrt, standen sich die Parteien des einzelnen Arbeitsverhältnisses genau so gegenüber wie Käufer und Verkäufer und war der Inhalt ihres Schuldvertrages stets das Produkt der volkswirtschaftlichen Notwendigkeit, daß das Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage den Preis regelt.

Für derartige Rechtsbeziehungen, d. h. grundsätzlich für das gesamte Gebiet der Schuldverhältnisse, herrscht das Prinzip der vollen Vertragsfreiheit, soweit nicht die Parteiwillkür ausnahmsweise durch besondere, zwingende Gesetzesvorschriften ausgeschlossen ist. — „Alles, was nicht ausdrücklich zu kontrahieren verboten ist, ist erlaubt“. Gegensatz: „Alles, was nicht ausdrücklich zu kontrahieren erlaubt oder geboten ist, ist verboten“. —

Es herrscht in der Wissenschaft und bei den bedeutendsten Kommentatoren des bürgerlichen Rechtes nur die eine Meinung, daß sich dies aus dem Rechte der Schuldverhältnisse im BGB. zwingend ergebe.[5]) Andererseits steht für Wissenschaft und Praxis fest, daß die im BGB. allgemein entwickelten grundlegenden Vorschriften auch für außerhalb des BGB. durch Reichs- oder Landesrecht geregelte Schuldverhältnisse Anwendung finden, soweit dort nichts Abweichendes bestimmt ist.[6]) Es kann also auch für die im Berufsleben des Kaufmannsstandes vorkommenden Schuldverhältnisse Gegenstand der Leistung alles Mögliche sein, was nicht tatsächlich, rechtlich oder sittlich unmöglich ist. Daß das Handelsrecht seinem ganzen Zweck und Wesen nach die Freiheit der Parteien, Schuldverhältnisse jeden Inhalts frei zu vereinbaren (= Vertragsfreiheit), logischerweise besonders fordern mußte,

---

[5]) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 251; Schreuer, Das deutsche Privat-Recht, § 288; Staudinger, Komm. zum BGB, Band II, S. 14, Anm. 7; RGR-Komm. Band I, S. 153, Vorbem. 3.

[6]) Staudinger, Komm. z. BGB, Band I, S. 22, Anm. III. Staub, Komm. z. HGB, Band I, S. 6, Anm. 18.

wurde schon unter § 18 und § 20 dargetan. Die Vertragsfreiheit als Grundsatz des Schuldrechtes wurde im Handelsrecht für die Handelsgeschäfte besonders unverfälscht entwickelt.

§ 38. Handelsgeschäfte sind aber für den Kaufmann nicht nur Geschäfte, die den Gegenstand eines Handelsbetriebes bilden, z. B. Ein- und Verkauf von Waren, Verzinsung von Einlagen durch eine Bank, sondern auch alle die Geschäfte, die ihm den Betrieb seines Handelsgeschäftes erst ermöglichen oder ihn fördern, also auch das Mieten der Geschäftsräume, die Bestellung von Werbedruckschriften und nicht zuletzt auch die Anstellung von Arbeitskräften. Man bezeichnet derartige Geschäfte eines Kaufmanns zwar als „Nebengeschäfte" des Handelsbetriebes, sie sind aber nichtsdestoweniger auf Seiten des Kaufmanns Handelsgeschäfte.

Solange diesergestalt der Abschluß eines Arbeitsvertrages durch einen Handlungsgehilfen nur als Handelsgeschäft empfunden wurde und auch die Bestimmungen, die diesem Handelsgeschäft ein besonderes Gepräge gaben, wie z. B. soziale Gesichtspunkte, ausschließlich schuldrechtlicher Natur waren, unterlag auch er der fast uneingeschränkten Herrschaft der Vertragsfreiheit, des obersten Grundsatzes des Schuldrechts.

§ 39. Dieser Grundsatz als juristischer Begriff ist nun aber keineswegs so zu verstehen, daß irgendwelche Parteien tatsächlich miteinander zu vereinbaren vermögen, was sie irgend wollen, sich also bei ihren Rechtsgeschäften um eine Rechtsordnung nicht zu kümmern brauchen, sondern er bedeutet das gerade Gegenteil, nämlich, daß es den Parteien frei steht, für alle ihre Vereinbarungen, welchen Inhalts sie auch immer seien, einseitig oder gegenseitig den Schutz der Rechtsordnung für die Gewährleistung des Vereinbarten anzurufen.

Hieraus erhellt, daß die Vereinbarungen in irgend einer Form ein schutzwürdiges und schutzfähiges Interesse zum Gegenstand haben müssen. Schutzwürdig besagt, daß der Rechtsanspruch, dessen Verwirklichung aus dem Vertrag erstrebt wird, von der Rechtsordnung gebilligt wird, mit ihren leitenden Grundsätzen vereinbar ist, schutzfähig, daß die Verwirklichung des Rechts mit den in der Rechtsordnung vorgesehenen Mitteln möglich ist. Willenseinigungen verschiedener Parteien, die diesen Voraussetzungen nicht entsprechen, haben mit dem rechtlichen Begriff der Vertragsfreiheit nichts zu tun, sie mögen, soweit sie nicht den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen, unter Willens-, Gedanken und persönlicher Freiheit und ähnliche mehr philosophische Begriffe eingereiht werden; sie interessieren hier nicht weiter.

§ 40. Der Arbeitsvertrag des Handlungsgehilfen ist ein Rechtsgeschäft, dessen Rechtswirkungen nach der bestehenden Rechtsordnung sowohl zulässig als auch möglich sind, da er ein Schuldverhältnis begründet, das auf Leistungen und Gegenleistungen bestimmter Art

seitens der Vertragsteile gerichtet ist. Aus dem gleichen Grund ist er auch grundsätzlich zur Anwendung der Vertragsfreiheit durchaus geeignet.

Hauptmerkmale der Vertragsfreiheit sind:

Die Befugnis eines Rechtssubjektes innerhalb des Rechtsgebietes, auf welchem die Vertragsfreiheit gilt,

1. mit jedem geschäftsfähigen Rechtssubjekt zu kontrahieren,
2. Leistungen jeder Art und jeden Umfangs auszubedingen,
3. Zu Gegenleistungen jeder Art und jeden Umfangs sich zu verpflichten,
4. jeden den Parteien erwünschten Erfüllungsort zu vereinbaren,
5. jede beliebige Zeit zur Gewährung (Bewirkung) von Leistung und Gegenleistung festzusetzen,
6. die Dauer des einzugehenden Schuldverhältnisses frei zu vereinbaren,
7. die Bedingungen für seine Beendigung frei zu vereinbaren.

§ 41. Von diesen Erfordernissen schrankenloser Vertragsfreiheit waren, solange sich das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen in der Hauptsache nach dem HGB. bemaß, gewährleistet:

Die Voraussetzungen unter

1. ohne jede Einschränkung,
2. mit einer geringen Einschränkung bezüglich des Umfanges, die sich nicht besonders einschneidend bemerkbar machte,
3. soweit man unter Gegenleistung die Leistung des Geschäftsherrn versteht, ohne jede Einschränkung,
4. für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (im Gegensatz zu etwaigen Abänderungen bei laufendem Vertrag) ohne jede Einschränkung,
5. mit einer geringfügigen Einschränkung,
6. mit einer geringfügigen Einschränkung,
7. mit einer wesentlichen Einschränkung, der wesentlichsten, die damals überhaupt in Frage kam.

## Kapitel V.

## Bedeutung der Vertragsfreiheit für den Arbeitsvertrag des Handlungsgehilfen vor dem Umsturz 1918.

§ 42. 1. Der für den Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen Geschäftsherrn und Handlungsgehilfen grundlegende § 59 HGB. enthält nicht die geringste Vorschrift über die Personen der Kontrahierenden, sondern nur über ihre Rechte und Pflichten.

Er knüpft die Möglichkeit und Gültigkeit eines derartigen Vertrages nicht einmal an den Umstand, daß der Anstellende Kaufmann ist, sondern begnügt sich mit der Bedingung, daß der Gehilfe im

Betriebe eines Handelsgeschäfts angestellt wird. Das kann auch das Geschäft eines Minderkaufmanns im handelsrechtlichen Sinne sein. Andererseits kann auch ein selbständiger Kaufmann und zwar sowohl ein Voll- als auch ein Minderkaufmann, als Handlungsgehilfe verpflichtet werden, ohne seine Kaufmannseigenschaft damit zu verlieren.

Auch ist die Freiheit der Parteien, jedermann als Handlungsgehilfen anzunehmen oder sich jedem beliebigen als solcher zu verdingen, nicht etwa durch irgendwelche Zulassungsbedingungen etc. beschränkt. Die Zulassung zum Handlungsgehilfenstand ist von keiner wie auch immer gearteten Prüfung der Person, der Kenntnisse oder der Fähigkeiten des Handlungsgehilfen abhängig.

Ergäbe sich das nicht schon aus dem Inhalt des 6. Abschnittes des II. Buches des HGB., der das Wesen des Handlungsgehilfen klar und deutlich kennzeichnet, so wäre es aus § 1 RGO., der Gewerbefreiheit gewährleistet, analog abzuleiten, mindestens dann, wenn man, Landmann folgend, die Anwendbarkeit des § 1 RGO. nicht auf den selbständigen „Betrieb" als Unternehmer beschränkt[7]. Der Handel ist eine Unterart des Gewerbes, seine Ausübung, sei es in leitender Stellung auf eigene Rechnung, sei es als Gehilfe eines anderen auf dessen Rechnung und Namen, ist daher grundsätzlich jedem gestattet, sodaß die Befugnis, einen hierauf gerichteten Vertrag mit jeder beliebigen Person rechtswirksam abzuschließen, nicht durch das Vorhandensein besonderer Eigenschaften oder Fähigkeiten auf der einen oder anderen Seite bedingt sein kann.

§ 43. 2. und 3. Ueber Art und Umfang der Leistungen und Gegenleistungen aus dem arbeitsrechtlichen Schuldverhältnis enthält das HGB. ebenfalls keine konkreten Vorschriften oder Verbote. Die Beschränkung seiner Bestimmungen auf Verträge, die kaufmännische Dienstleistungen zum Gegenstand haben, bedeutet keine Beschränkung der Vertragsfreiheit. Sie schließt nicht aus, daß die Parteien auch Dienstleistungen anderer als kaufmännischer Art rechtswirksam vereinbaren können – sie können das sogar neben der Vereinbarung der kaufmännischen Dienste —, sie besagt aber, daß solche Verträge nicht Gegenstand des handelsrechtichen Arbeitsrechtes sind. Ebensowenig schließt sie aus, daß der Handlungsgehilfe im Sinne des § 59 HGB. sich durch besondere Vereinbarung auch zur Leistung nichtkaufmännischer Dienste verpflichten kann. Es wird aber nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sein, ob beim Ueberwiegen der Dienste nichtkaufmännischer Natur überhaupt noch von „Handlungsgehilfen" im Sinne des Gesetzes gesprochen werden kann. Das Problem der Vertragsfreiheit wird jedoch hievon nicht berührt. Denn soweit das Gesetz durch Einführung des Begriffes „kaufmännische Dienste" eine Prüfung der Art der zu leistenden Dienste erfordert, verbietet es nicht Verträge, die andere Dienste zum Gegenstand haben,

---

7) bestritten; zustimmend: Landmann, Komm. z. RGO, § 1 Anm. 1a; a. Meing., Stier-Somlo, Komm. z. RGO, § 1, Anm. 1B.

zwischen Geschäftsherrn und Handlungsgehilfen, sondern verweist sie nur in ein anderes Rechtsgebiet, erklärt sich gewissermaßen für unzuständig und unterstellt jene Verträge oder Teile von ihnen anderen Normen.

Hievon abgesehen, spricht § 59 HGB., wenn auch in negativer Fassung, eindeutig den Grundsatz aus, daß sowohl über die Art wie auch über den Umfang der beiderseitigen Leistungen Vereinbarungen jeden Inhalts zwischen den Parteien zulässig sind. Das gilt sogar dann, wenn sie den vom Gesetz als Maßstab entwickelten Grundsätzen widersprechen, nämlich weder ortsüblich, noch den Umständen nach angemessen sind. Insbesondere enthält das HGB. keine allgemein gültige Vorschrift über den Inhalt der Dienstleistungen, d. h. über die Arbeitszeit. Es ist also unbeschadet des § 62 HGB. jede Arbeitszeit theoretisch denkbar.

Die Norm des § 59 HGB. bedeutet daher geradezu die besondere Proklamation der Vertragsfreiheit für das Gebiet kaufmännischer Dienstverträge. Mochten, solange er allein den Inhalt des kaufmännischen Dienstvertrages normierte, die bedungenen Leistungen zu den Gegenleistungen in noch so schreiendem Mißverhältnis stehen, der einmal geschlossene Vertrag war trotzdem gültig, die Ansprüche aus ihm, wenn sie auch noch so unbillig erschienen, rechtlich erzwingbar, sofern nicht die unverhältnismäßige Mehrleistung unter Ausnützung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des versprechenden Teiles ausbedungen worden war oder beim Abschluß des Vertrages Willensmängel, wie Schein, mangelnder Ernst der Willenserklärung, Irrtum usw. obwalteten. Dies spricht aber nicht gegen die Vertragsfreiheit, denn letzteren Falles hat mindestens eine der Parteien einen Vertrag des betreffenden Inhalts überhaupt nicht rechtswirksam gewollt, sonst wäre er voll wirksam.

Dagegen ist es selbstverständlich, daß auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit ein für allemal in der ganzen Rechtsordnung ausnahmslos gültige Prinzipien nicht zu durchbrechen vermag, wie z. B. das, daß Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind, ebenso solche, die gegen gesetzliche Verbote verstoßen, insbesondere wucherische. Es kann bezüglich dieser Punkte auf die unter § 39 gegebene Begriffsbestimmung der Vertragsfreiheit verwiesen werden, worin dargelegt wurde, daß die Vertragsfreiheit immerhin Rechtsgeschäfte voraussetzt, die schutzfähige und schutzwürdige Ansprüche begründen, bezw. zum Gegenstand haben. Zu den Gesetzen, die den möglichen Umfang derArbeitsleistung indirekt, aber unabdingbar, begrenzen, gehört z. B. § 139 c/I RGO., durch welche eine höhere als 24 — 10 = 14 stündige Arbeitszeit unmöglich wird.

§ 44. 4. Auch bezüglich des Orts, an dem die Dienste zu leisten und die Gegenleistungen zu bewirken sind, läßt § 59 HGB. dem Parteiwillen völlig freie Hand. Die Schutzvorschriften des § 62 HGB., der über die Art und den Zustand der Beschäftigungsräume Bestimmungen

enthält, ändern hieran nichts, denn sie enthalten kein unbedingtes Verbot, Handlungsgehilfen in bestimmten Räumen überhaupt zu beschäftigen, sondern nur das Gebot, diese Räume, soweit es die Natur des Betriebes gestattet, den betreffenden Vorschriften gemäß auszuwählen und instandzuhalten. Die Vertragsfreiheit ist hier nur in sehr zaghafter Form angetastet, da die Eingehung von Vertragsverhältnissen, die infolge der Beschaffenheit des Erfüllungsortes, d. i. des Arbeitsraumes, gefährlich oder schädlich sind, nicht rechtsunwirksam ist, sondern die Rechtsordnung der Partei, die über den Ort verfügt, nur zur Pflicht macht, diesen zwecks Erfüllung des Vertrages in einem der auszuführenden Arbeit möglichst unschädlichen und förderlichen Zustand zu erhalten.

§ 45. 5. Etwas tiefer greift schon die Regelung der Arbeitszeit (nicht Arbeitsdauer, denn diese wurde als Umfang der Leistung unter 2. und 3. behandelt), in die Vertragsfreiheit ein. Zwar enthält auch für sie das HGB. keine zwingenden positiven Vorschriften, es wäre also z. B. durchaus zulässig gewesen, sie unter besonderen Umständen auf die Nachtzeit festzusetzen, wenn beide Parteien damit einverstanden waren. Für die Sonn- und Feiertage verbietet dagegen die RGO. durch ihren § 105 b/II (vgl. auch § 105 h RGO.) kategorisch jede Arbeit im Handelsgewerbe, wodurch der Vertragsfreiheit natürlich eine Grenze gezogen ist. Ausnahmen von diesem Verbot sind möglich, jedoch völlig unabhängig von dem Willen der Parteien.

Nicht dagegen bedeutet die Beschränkung der Verkaufszeit in öffentlichen Läden und Kontoren eine Einschränkung der Vertragsfreiheit bezüglich der Arbeitszeit, denn sie verbietet dem Gewerbetreibenden an sich nicht, Handlungsgehilfen zu Dienstleistungen der fraglichen Art auch zu der Tageszeit zu verpflichten, zu welcher ihm das Offenhalten der Verkaufsstellen verboten ist, sie macht ihm unter Umständen nur unmöglich, von seinem Anspruch auf diese Dienste zweckentsprechenden Gebrauch zu machen. Es ist der Rechtsordnung gleichgültig, ob die Parteien mit dem geschlossenen und von ihr geschützten Vertrag den angestrebten Zweck erreichen oder nicht, und berührt auch das Problem der Vertragsfreiheit nicht, denn es ist weder unmöglich noch selten, daß eine Partei es unterläßt, von den ihr in einem vollkommen einwandfreien Vertrag zugestandenen Rechten Gebrauch zu machen oder daß sie daran verhindert wird, ohne daß das Hindernis mit dem Vertrag in irgendwelchem Zusammenhang steht. In solchen Fällen könnte man nie behaupten, daß die Vertragsfreiheit deshalb angetastet sei, denn die Rechtsgültigkeit des Vertrages bleibt an sich nach wie vor bestehen, es kann höchstens seine Erfüllung oder seine tatsächliche Wirkung durch Umstände unmöglich werden, die nicht in der Macht der Partei oder der Parteien stehen. —

Für die Bewirkung der Gegenleistung, als welche bei den hier behandelten Verträgen die Leistungen des Arbeitgebers bezeichnet werden sollen, d. h. also für die Auszahlung des Dienstlohnes, ist durch

§ 64 HGB. unter Beschränkung der vertraglichen Vereinbarung Zahlung für spätestens den Schluß des Monats vorgeschrieben.

§ 46. 6. Die Dauer des Dienstverhältnisses zu vereinbaren, steht im freien Belieben der Parteien. Das Gesetz läßt in den §§ 66 und 67 HGB. ausdrücklich sowohl die Eingehung auf eine bestimmte, wie auch auf eine unbestimmte Zeit zu, es enthält dagegen weder eine Mindest- noch eine Höchstgrenze, die dem Willen der Parteien hinsichtlich der Dauer des Vertragsverhältnisses irgendwelche Schranken auferlegte. § 69 HGB. bedeutet kein Verbot von Anstellungsverträgen von Handlungsgehilfen auf kürzere Dauer als 3 Monate, disqualifiziert sie auch nicht als typische Handlungsgehilfenverträge, sondern schaltet nur verschiedene besondere Kündigungsvorschriften für derartige kurze Dienstverhältnisse aus. Der einmal geschlossene Vertrag, der auf kürzere als dreimonatige Dienstzeit abstellt, ist deshalb überhaupt gültig, im besonderen aber auch durchaus als Einzelarbeitsvertrag eines Handlungsgehilfen zu betrachten und auch nach den einschlägigen Normen zu beurteilen.

Etwas anders liegt die Sache mit den langfristigen Dienstverträgen, sofern sie von vornherein auf Lebenszeit oder auf länger als 5 Jahre fest eingegangen wurden. Zwar sind auch sie ohne Vorbehalt gültig, sodaß es völlig im freien Willen der Parteien steht, solange dauernde Verträge einzugehen oder nicht. Aber die Rechtsordnung gibt der dienstpflichtigen Partei durch § 624 BGB. doch die Möglichkeit, nach bestimmter Zeit die diesbezüglichen Vertragsbestimmungen einseitig aufzuheben, was praktisch natürlich auf eine Beschränkung der Vertragsfreiheit hinausläuft. Denn obwohl die Rechtsordnung Verträge dieses Inhalts zuläßt, leiht sie dem einen der Berechtigten doch nicht unwiderruflich und vorbehaltslos ihren Schutz und ihre Hilfe zur Durchführung aller Ansprüche aus dem Vertrage, sondern versagt sie ihm gerade in einem sehr wesentlichen Punkt. Die subsidiäre Anwendbarkeit des § 624 BGB. und damit eine, wenn auch nicht besonders häufig wirksam werdende Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit, ergibt sich aus den Darlegungen der §§ 5 und 26, ist übrigens in Wissenschaft und Praxis m. W. unbestritten.[8])

§ 47. 7. Zweifellos am stärksten und praktisch am bedeutungsvollsten ist aber die Vertragsfreiheit für das Arbeitsverhältnis durch die eingehenden zwingenden Vorschriften des HGB. betreffs der Kündigung durchbrochen.

Der Spielraum, der den Parteien schon allein nach den Vorschriften des HGB. zur Vereinbarung von Bedingungen gelassen ist, unter denen das Dienstverhältnis gelöst werden kann, ist außerordentlich eng. Eine Möglichkeit für die Beendigung des Vertrages willkürliche Bedingungen zu setzen, besteht noch in der Befristung des Vertrages bei seinem Abschluß, was relativ noch am meisten dem Be-

---

[8]) Staub, Komm. z. HGB, Band I, S. 6, Anm. 18 u. S. 360 Anm. 7a; Staudinger, Komm. z. BGB, Band III S 694 Ziffer 10.

lieben der Parteien anheimgestellt ist. Diese Möglichkeit wurde bereits unter Ziff. 6 im § 46 behandelt. Praktisch weitaus wichtiger, da allgemein viel gebräuchlicher, ist für die Auflösung des Dienstvertrages die Kündigung, d. h. die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung einer Vertragspartei, den Vertrag von einem bestimmten Zeitpunkt ab als aufgelöst zu betrachten. Da die Kündigung demnach kein Vertrag, sondern nur eine einseitige Willenserklärung[9] ist, besagen die Voraussetzungen, an die ihre Zulässigkeit und Wirkung geknüpft sind, nichts für oder gegen die Aufrechterhaltung der Vertragsfreiheit. Wohl aber ist es für diese ausschlaggebend, ob die Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Wirkung dieser einseitigen Willenserklärung einer der Vertragsparteien von den Parteien selbst mit verbindlicher Kraft im Voraus, d. h. bei Vertragsabschluß, frei vereinbart werden können, oder ob sie zwingend vom Gesetz vorgeschrieben sind.

Letzteres ist tatsächlich der Fall. Die Willenseinigung der Vertragsschließenden ist nur sehr beschränkt maßgebend, mit anderen Worten: die Vertragsfreiheit ist gerade auf diesem Gebiete schon durch die Vorschriften des HGB. allein sehr stark eingeschränkt.

Die wichtigste Vorschrift ist hier § 67 HGB. Er schreibt zwingend und unabänderlich durch jegliche Parteivereinbarungen vor: Erstens gleiche Kündigungs**frist** für beide Teile, zweitens 12 bestimmte Kündigungs**termine** pro Jahr, nämlich je den Schluß eines Kalendermonats, drittens Einhaltung einer Mindestkündigungsfrist von einem Monat.

An Hand der Vorschrift 2 kann man sich die Einschränkung der Vertragsfreiheit, die hier fast ihrer Ausschaltung gleichkommt, besonders anschaulich vergegenwärtigen, wenn man sich vor Augen hält, daß ohne sie theoretisch doch die Möglichkeit bestünde, selbst unbeschadet der gesetzlichen Kündigungsfrist als Kündigungstermin jeden Werktag des Jahres vertraglich zuzulassen, dem Parteiwillen also trotz der beiden anderen Bestimmungen noch über 300 Möglichkeiten offenstünden. —

Weiter gehören hieher die Vorschriften über fristlose Kündigung, die man gewöhnlich, wenn sie von Seiten des Dienstverpflichteten ausgeht, als „**Austritt**“, wenn sie von Seiten des Dienstberechtigten ausgeht, als „**Entlassung**“ bezeichnet. Obwohl den Vertragsschließenden in § 70 HGB. in keiner Weise irgendein Verhalten geboten oder irgendeine Abmachung verboten ist, räumt dieser Paragraph in bestimmten Fällen der einseitigen Willenserklärung einer Partei stärkere Wirkungen ein als der früher getroffenen Vereinbarung, erlaubt das Vertragsverhältnis gegen die in ihm für seine Aufhebung vorgesehenen Bedingungen zu lösen. Diese Möglichkeit, die durch vertragliche Vereinbarung nicht rechtswirksam ausgeschlossen werden kann, ist mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit streng genommen nicht vereinbar. Denn wo das Gesetz, wenn auch nur unter bestimmten

---

[9]) Staudinger, Komm. z. BGB, Band I S. 402.

Voraussetzungen der einseitigen Willenserklärung einer Partei die Macht einräumt, festgeschlossene Verträge oder einzelne Bestimmungen derselben abzuändern oder gar aufzuheben, steht den Parteien nicht mehr die Möglichkeit frei, alles, was sie wollen, so bindend zu vereinbaren, daß nach menschlichem Ermessen die Einhaltung der Bedingungen durch die Rechtsordnung gewährleistet ist.

Es erübrigt sich noch, darauf hinzuweisen, daß die diesbezüglichen Bestimmungen der §§ 70, 71 und 72 HGB. durch Verträge nicht aufgehoben werden können, also auch von dieser Seite aus die Vertragsfreiheit beschränken. Allerdings können über die in den §§ 71 und 72 HGB. als wichtige Gründe aufgeführten Umstände hinaus Vereinbarungen darüber getroffen werden, welche Gründe als „wichtige" anzusehen sind und welche nicht und dadurch der freien, ausschließlich an Hand des Gesetzes (§ 70) erfolgenden Auslegung des Einzelfalles vorgegriffen werden. —

Zusammenfassend ist festzustellen, daß zwar die Vertragsfreiheit bezüglich der Beendigungsart und -form nicht ausgeschaltet ist, daß aber von allen das Dienstverhältnis berührenden Faktoren gerade bei diesem die Einschränkung der Vertragsfreiheit am weitesten fortgeschritten ist und die einschneidendsten Wirkungen zeitigte.

## Kapitel VI.

### Die Bedeutung der Vertragsfreiheit für den Arbeitsvertrag des Handlungsgehilfen unter der neuen arbeitsrechtlichen Gesetzgebung; insbesondere ihre Zurückdrängung durch a) gesetzliche Bestimmungen, b) die Macht der Gesamtvereinbarungen.

§ 48. Seit das Schwergewicht des Arbeitsrechtes auch für den Handlungsgehilfen nicht mehr im HGB., sondern in den mannigfaltigen neueren Gesetzen des Arbeitsrechtes ruht, hat sich die in Kapitel V skizzierte Rechtslage ganz erheblich zu Ungunsten der Vertragsfreiheit geändert. Die Rangordnung der das Arbeitsverhältnis normierenden Faktoren war bei dem dort geschilderten Rechtszustand folgende:

1. Der zwingende Inhalt des Gesetzes,
2. Der zwingende Inhalt der Arbeitsordnung, soweit eine solche nach Maßgabe des § 139 k RGO. in Frage kam,
3. Der besondere Vertragsinhalt; nur soweit dieser Vertragsinhalt nicht ausreichte oder Lücken aufwies, wurde er ergänzt durch
   a) etwa vorhandene Tarifverträge,
   b) etwa vorhandene dispositive Bestimmungen der Arbeitsordnung,
   c) die dispositiven Bestimmungen der Gesetze.

Dabei trat die Bedeutung der Faktoren unter 1. und 2. hinter die des Faktors 3. sehr stark zurück, der dem Arbeitsverhältnis als einheitlichem Ganzen das bestimmende Gepräge gab.

§ 49. Heute dagegen ist die Rangordnung folgende:

1. Der zwingende Inhalt des Gesetzes,
2. Der zwingende Inhalt des Tarifvertrages, gleichgültig, ob seine Anwendbarkeit auf eine Verbindlichkeitserklärung oder auf Beteiligtsein der Vertragsschließenden beruht,
3. Der zwingende Inhalt der Betriebsvereinbarung und der Arbeitsordnung,
4. Die besonderen Vereinbarungen des Einzelarbeitsvertrages,
5. Die dispositiven Teile der vorstehenden Normen in umgekehrter Rangfolge, was sich aus dem Verhältnis von lex spezialis zur lex generalis ergibt.

Der Faktor zu 4., der erklärte und vereinbarte Parteiwille, hat gegenüber den Faktoren 1., 2. und 3. an Bedeutung für das Arbeitsverhältnis ganz erheblich eingebüßt, obwohl die Reichsverfassung vom 11. 8. 1919, die die erfolgten rechtlichen Umwälzungen durch Verfassungs- und sonstige Gesetze befestigte und sicherte, in ihrem Artikel 153 unter dem Abschnitt „Wirtschaftsleben" die Vertragsfreiheit geradezu zum Leitspruch erhebt. Wie wenig ernst es jedoch dem Gesetzgeber mit diesem Programmpunkt war und wie wenig bewußt er sich der Bedeutung dieses Prinzips für das gesamte Wirtschaftsleben war, zeigt der an sich überflüssige, weil selbstverständliche, Zusatz „nach Maßgabe der Gesetze". Denn tatsächlich sind die maßgebenden Gesetze auf vielen Gebieten des Wirtschaftslebens, besonders auf dem hier behandelten, derartig, daß von einer Vertragsfreiheit schlechterdings nicht mehr viel übrig ist. Die verfassungsrechtliche Norm des § 153 RVF. ist daher hier ohne Bedeutung.

§ 50. Bedroht ist die Vertragsfreiheit nunmehr von zwei großen Gruppen von starken Normen:

1. Die unwandelbaren (bezw. nur durch Aenderung der Gesetzgebung wandelbaren) Zwangsvorschriften der allgemeinen Rechtsordnung,
2. Die stets veränderlichen und zwar unter mittelbarer Mitwirkung der Parteien in ihrer Eigenschaft als Verbandsangehörige veränderlichen Zwangsvorschriften der Normengruppe 2. und 3.

I.

§ 51. 1. In Bezug auf die Personen der Kontrahenten ist die Vertragsfreiheit durch bleibende Gesetze (im Gegensatz zu den Demobilmachungsverordnungen etc.) derzeit nicht eingeengt. Soweit nur Gesetze bleibenden Charakters in Frage kommen, bewendet es bei der unter Kapitel V gekennzeichneten Rechtslage.

Eine Ausnahme hievon besteht zwar in den Bestimmungen der Demobilmachungsverordnung vom 12. 2. 20, welche für den Arbeitgeber gegenüber bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern, nämlich den „Kriegsteilnehmern" im Sinne jener Verordnung geradezu einen Kontrahierungszwang einführte. Diese Demobilmachungsverordnung bleibt jedoch hier unberücksichtigt, da nur Gesetze von bleibender

Bedeutung gewürdigt werden sollen und weiter alle Gesetze außer Betracht bleiben müssen, deren Geltung nach rein subjektiven Gesichtspunkten (wie Kriegsteilnahme eines Kontrahenten) nur auf eine bestimmte Gruppe von Kontrahenten beschränkt ist, wie es z. B. bei dem Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 6. 4. 20, den Ausführungsverordnungen hierzu vom 13. 2. 24 und der Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 12. 2. 20 der Fall ist.

§ 52. 2. und 3. Hier hat die sozialpolitisch bestimmte Gesetzgebung auch auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechtes eine gewaltige Wandlung geschaffen. Der lange Jahre hindurch das Kampfobjekt des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers und noch mehr der interessierten Presse bildende „achtstündige Arbeitstag“ ist wenigstens programmatisch zwingend eingeführt. § 1 der Verordnung über die Arbeitszeit vom 21. 12. 25 in der Fassung vom 14. 4. 27 (AZV.) bestimmt, daß die regelmäßige, werktägliche Arbeitszeit ausschließlich der Pausen die Dauer von 8 Stunden nicht überschreiten dürfe. Diese Verordnung gilt gerade auch für die Arbeitnehmergruppe der Angestellten, wie durch ausdrückliche Bezugnahme auf die überholte Bestimmung vom 18. 3. 1919 im Gesetz festgestellt ist. Die Zugehörigkeit der Handlungsgehilfen zu dieser Gruppe wurde früher bereits nachgewiesen. Der freien Vereinbarung der Parteien ist also nur noch ein erheblich beschnittener Spielraum belassen, soweit diese Vereinbarung den Umfang der zu leistenden Arbeit zum Gegenstand haben sollte. Daran ändert es auch nichts, daß das Gesetz von dem starren Schema des Achtstundentages verschiedene wichtige Ausnahmen vorsieht, denn diese Ausnahmen eröffnen keineswegs der freien Vereinbarung neue Möglichkeiten, sondern treffen ganz genaue Vorschriften, wann, wo und unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen Mehrarbeit zuläßig ist. Es handelt sich also lediglich um eine Ausnahme, deren Anwendung von den Parteien vereinbart werden darf, ohne daß ihnen ein erheblicher Einfluß darauf zustünde, diese Ausnahmen nach ihrem Willen zu gestalten. Noch weniger kann in der Möglichkeit, die Arbeitszeit durch einen Tarifvertrag abweichend zu regeln, ein Zugeständnis an die Vertragsfreiheit gesehen werden, denn die Gestaltung des Tarifvertrages ist nicht Sache der Parteien des Einzelarbeitsverhältnisses, seine Parteien sind andere, sein Inhalt nicht von diesen bestimmt. In den Normen des Tarifvertrages, die eine ähnliche Wirkung haben wie die des Gesetzes, sind die Parteien des Einzelarbeitsvertrages zwar auch vertraglichen Bindungen unterworfen, aber diese Bindungen bestehen nicht kraft ihrer eigenen freien Willensübereinkunft, sondern sind von ihrem Willen zunächst völlig unabhängig und können von ihnen nur mittelbar geändert und beeinflußt werden. Es handelt sich dabei um eine durchaus neuartige Erscheinung im Rechtsleben, indem ein voll geschäftsfähiges Rechtssubjekt

an die rein vertraglichen Abmachungen gebunden ist, die Dritte unter sich über Rechtsverhältnisse trafen, die in die Rechtssphäre des Betreffenden rechtsgestaltend eingreifen.

Diese Erscheinung wird erst verständlich, wenn man das Wesen der Autonomie, die später noch zu behandeln sein wird, erkennt; indem die Parteien des Tarifvertrages vereint zum Träger einer neuartigen Satzungsgewalt werden, sind sie eben nicht mehr irgendwelche „Dritte" im zivilrechtlichen Sinn, sondern vom Gesetzgeber mit besonderen Eigenschaften und ihre nach Art eines privatrechtlichen Vertrages zustandegekommenen Vereinbarungen mit besonderer Kraft ausgestattet.

Aber nicht nur die Leistung des Dienstverpflichteten ist durch bindende, mit Gesetzeskraft ausgestattete Vorschriften innerhalb eines engen Rahmens festgelegt, sondern auch für die Gegenleistungen des Dienstberechtigten bestehen Vorschriften, die die freie Vereinbarung der Parteien ausschalten. § 6 AZV. gibt dem Arbeitnehmer bei Ueberschreitung der Arbeitszeit in dem vom Gesetz oder Tarifvertrag vorgesehenen Umfang einen Rechtsanspruch auf angemessene Vergütung; er fixiert den Begriff „angemessen" zwar nur für den Fall, daß abweichende Vereinbarungen nicht getroffen wurden — in solchen Fällen gilt ein Zuschlag von 25% zu dem Normallohn für eine Zeiteinheit als „angemessen" — und gibt damit die Möglichkeit einer vertraglichen Regelung der Höhe dieser Vergütung zu. Die Frage jedoch, ob eine Vergütung zu bezahlen ist oder nicht, bleibt der Willenseinigung der Parteien gleichwohl entzogen.

Neben diesen Beschränkungen rein vertraglichen Charakters erleidet die Durchführung etwaiger vertraglicher Vereinbarungen noch manche Einschränkung dadurch, daß die Rechtsordnung bestimmten Arbeitnehmern in ihrem oder ihrer Kollegen Interesse bestimmte Rechte und Befugnisse öffentlich-rechtlichen Charakters verliehen hat, deren Wirkung oftmals mit den aus dem Vertrag sich ergebenden Rechten kollidiert. In derartigen Fällen stellt das Gesetz vielfach ausdrücklich fest, daß zwar der eine Vertragsteil — meist der Unternehmer — an die Erfüllung des geschlossenen Vertrages gebunden ist, vor allem die zugesicherten Leistungen, in erster Linie die Arbeitslöhne, unverkürzt zu bewirken habe, daß aber die andere Partei unter bestimmten Voraussetzungen von der Bewirkung der ihr eigentlich obliegenden Leistungen in bestimmtem Umfang befreit sei. Derartige Bestimmungen, wie sie z. B. § 24 BRG. enthält, sind natürlich mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht in Einklang zu bringen. Denn es muß immer wieder betont werden, Vertragsfreiheit besteht nicht nur darin, daß den Parteien erlaubt ist, alles mögliche zu vereinbaren, sondern darin, daß die Rechtsordnung solchen Vereinbarungen ihren Rechtsschutz verleiht und daß die Vereinbarungen der Parteien von niemandem als ihnen selbst kraft spezieller Willenseinigung angetastet werden dürfen vor allem aber nicht einseitig von nur einer der Parteien.

§ 53. 4., 5. und 6. Bezüglich der oben in Kapitel V unter vorstehenden Ziffern aufgeführten Merkmale der Vertragsfreiheit ändern die inzwischen ergangenen Gesetze an sich nichts an der gegebenen Rechtslage. Zwingende Vorschriften, die über das dort Behandelte hinausgingen, sind nicht ergangen.

§ 54. 7. Ganz einschneidend griff dagegen die Gesetzgebung in die, wie oben dargetan, an sich schon sehr verkümmerte Freiheit der Parteien ein, über die Beendigung des arbeitsrechtlichen Schuldverhältnisses durch selbständige Festsetzung genauer Bedingungen zu entscheiden.

An erster Stelle ist hier das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 26. 7. 26 zu nennen (AKG.), das durch seinen § 1 gerade auf Arbeitsverhältnisse der hier einschlägigen Art besonders eingestellt ist. Es ist anwendbar auf die nach § 1 des Versicherungsgesetzes für Angestellte versicherungspflichtigen Angestellten. Daß aber gerade letzteres Gesetz in dem angeführten Paragraphen zur Definition des Begriffes „Angestellter" auf den Begriff „Handlungsgehilfe" aus dem HGB. zurückgreift, ist schon unter § 23 entwickelt worden.

Durch den § 2 AKG. wird die Variationsmöglichkeit der Kündigungsbedingungen weiter vermindert, indem für Angestellte mit mindestens 5 jähriger oder längerer Beschäftigungsdauer bei einem Arbeitgeber oder dessen Rechtsvorgänger die Anzahl der im Kapitel I aufgezählten Kündigungstermine von 12 auf 4 herabgesetzt, die Kündigungsfrist dagegen von 1 auf 3 Monate hinaufgesetzt wurde und mit zunehmender Dauer weiter steigt bis zur Kündigungsfrist von 6 Monaten.

Eine weitere Beschränkung in der Ausübung vertraglich bedungener Kündigungsmöglichkeiten legt die sogenannte Stillegungsverordnung (StV.) den Arbeitgebern auf, soweit sie Inhaber oder Leiter von gewerblichen Betrieben der im § 105 b/I RGO. bezeichneten Art sind. Diese Betriebe fallen wohl in ihrer erdrückenden Mehrheit unter die Begriffsbestimmung des Kaufmanns nach §§ 1 und 2 HGB. Andererseits erstreckt sich die Wirksamkeit der StV. ohne Einschränkung auf alle Arbeitnehmer.

Der Begriff „Arbeitnehmer" ist für alle arbeitsrechtlichen Gebiete erstmalig im BRG. grundsätzlich festgelegt. Er umfaßt nach §§ 1 und 10 BRG. Arbeiter und Angestellte. Die Angestellteneigenschaft bemißt sich gemäß § 12 BRG. nach § 1 des Versicherungsgesetzes für Angestellte und erstreckt sich, wie schon wiederholt festgestellt, auch auf die Handlungsgehilfen. Die Anwendbarkeit der StV. auf Arbeitsverhältnisse der hier behandelten Art ist also nachgewiesen. Sie macht beim Vorliegen bestimmter, ziemlich komplizierter Tatbestandsmerkmale die sofortige Wirksamkeit einer ordnungsmäßigen, unter Einhaltung der vertraglich oder gesetzlich bestimmten Kündigungsbedingungen erfolgten Kündigung von der Genehmigung einer öffentlichen Behörde abhängig und das gerade in solchen Fällen, in denen

der dienstberechtigte Vertragsteil an der Verwirklichung seines vertraglichen Kündigungsanspruches aus subjektiven Gründen hohes Interesse hat, nämlich im Fall von Betriebseinschränkungen und -stillegungen, durch welche eine Reihe von Arbeitskräften in seinem Betrieb überflüssig werden. Auch hier sind die normalen Rechtsfolgen der Vertragsfreiheit erheblich beeinträchtigt, was für die Betroffenen umso empfindlicher ist, als anstelle der vertraglichen Vereinbarungen nicht etwa zwingende bleibende Normativvorschriften des Gesetzes treten, sondern das von Fall zu Fall wandelbare Ermessen einer Behörde.

Am schwersten wird jedoch die Vertragsfreiheit durch § 84 BRG. betroffen. Es ist nicht der Zweck von Kündigungsbestimmungen, dem gekündigten Teil einen Rechtsanspruch auf Aufrechterhaltung des Vertrages zu geben oder sonstwie die geplante legale Lösung des Vertragsverhältnisses zu vereiteln oder nur bedingt zuzulassen, sondern sie bedeuten im Gegenteil die grundsätzlich durch Vertrag vereinbarte Anerkennung der Auflösbarkeit des betreffenden Schuldverhältnisses durch einseitige Willenserklärung einer Partei und bezwecken in diesem Rahmen nur, dem anderen Teil gewisse Sicherheiten gegen ihm aus dieser Möglichkeit etwa erwachsende Nachteile zu geben. Die Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung hängt demgemäß in der Regel nicht von dem Motiv ab, das den Kündigenden zur Lösung des Vertrages veranlaßt, auch nicht von den Folgen, die sie für den andern Teil nach sich zieht, sondern ausschließlich von der Beobachtung der Vereinbarungen, auf deren Erfüllung die andere Partei in solchen Fällen einen Rechtsanspruch hat.

Entgegen diesem Grundsatz führt die genannte Norm des BRG. völlig neue Gesichtspunkte erstmalig in das Vertragsrecht ein. Sie macht die Rechtswirksamkeit der Kündigung geradezu von dem Grund, aus dem sie erfolgt, abhängig und gibt dem Teil, dem gekündigt worden ist, einen Rechtsanspruch auf Fortsetzung oder Erneuerung des Vertragsverhältnisses trotz der Kündigung, wenn diese ohne Grund, aber auch, wenn sie aus besonderen, im Gesetz aufgezählten, unzulässigen Gründen erfolgt ist. Der Rechtsbehelf zur Verwirklichung dieses Rechtsanspruches ist das eigens hiefür geschaffene Einspruchsverfahren über den Betriebsrat zum Arbeitsgericht. Da der Arbeitgeber bei Meidung einer Entschädigungsleistung zur Weiterbeschäftigung des Betreffenden auf Entscheid des Arbeitsgerichts verpflichtet ist ohne Rücksicht auf sein vertragliches Recht zur Auflösung des Schuldverhältnisses, ist hier die Vertragsfreiheit nicht nur weitgehend ausgeschaltet, sondern einem Zustand gewichen, der mindestens praktisch dem Kontrahierungszwang außerordentlich nahekommt!

Denn der Zwang, das Vertragsverhältnis mit einem Vertragsgegner fortzusetzen, mit dem man freiwillig eine Fortsetzung nicht vereinbaren würde und mit dem man von sich aus keinen neuen Vertrag eingehen würde, bedeutet, wenn auch nicht rechtlich, so doch praktisch,

der Zwang, mit einer bestimmten Person einen Vertrag zu schließen — das bedeutet bis zu einem gewissen Grad sogar eine Aufhebung des im Kapitel V und VI je unter Ziff. 1) entwickelten Grundsatzes, daß auch jetzt noch jedem Kontrahenten die Wahl seines Vertragsgegners freistehe, was allererste Voraussetzung der Vertragsfreiheit ist. Nun aber ist sogar diese Wahlfreiheit der Arbeitgeberseite mindestens praktisch entzogen.

§ 55 Sicherlich wird nicht in jedem im Leben vorkommenden Falle jede der vorstehend behandelten Bestimmungen anwendbar sein. Sind aber einmal bei einem Einzelarbeitsverhältnis die Voraussetzungen sämtlicher hier behandelter Normen gegeben — und das dürfte wiederum nicht allzu selten vorkommen —, so bleibt gegenüber der Fülle von zwingenden Rechtsnormen schuldrechtlicher Natur von Vertragsfreiheit soviel wie nichts übrig. Ganz zu schweigen von den hier meist außer Acht gelassenen Bestimmungen öffentlich-rechtlichen Charakters, die wenigstens auf dem Umweg über §§ 134 und 139 BGB. die Durchführung des vertraglich Vereinbarten beeinträchtigen können!

II.

§ 56. Die bisher angeführten Rechtsnormen sind jedoch noch nicht die gefährlichsten Feinde der Vertragsfreiheit; denn bei ihnen handelt es sich zwar um eine bewußte, nicht aber systematisch beabsichtigte, sondern trotz allem nur teilweise Ausschaltung des Parteiwillens in Einzelheiten.

Den Todesstoß gibt der Vertragsfreiheit vielmehr wie im ganzen Arbeitsrecht, so auch in dem des Handlungsgehilfen das Aufkommen und die gesetzliche Förderung der „Gesamtvereinbarungen“ im weitesten Sinne, in erster Linie des Tarifwesens.

§ 57. Die unwiderstehliche Macht der Gesamtvereinbarungen liegt nicht etwa in einer Omnipotenz der Tarifgemeinschaften bezw. der übrigen autonomen Gebilde, — eine solche gibt es so wenig wie die irgend eines anderen Rechtssubjektes neben dem Gesetzgeber — denn die autonomen Gebilde sind genau so dem Gesetz unterworfen wie die einzelnen Parteien, zudem bestehen auch für den Inhalt der Tarifverträge eine ganze Reihe zwingender Vorschriften. Ihre Gewalt liegt vielmehr darin, daß das, was sie vorschreiben, in vollem Umfang von der Beteiligten in die Einzelarbeitsverträge übernommen werden muß und daß sie alles, was irgendwie Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages sein kann, normativ regeln können.

§ 58. Tarifverträge sind nach einer gesetzlichen Definition im deutsch-polnischen Abkommen über Oberschlesien Teil IV Titel I Kapitel 2 (RGBl. 192, S. 305) und im § 1 der TVB.

> „schriftliche, freiwillig oder im Schlichtungsverfahren zustandegekommene Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern oder Vereinigungen von solchen und Vereinigungen von Arbeitnehmern,

in denen die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen geregelt sind."

Der vertragliche Charakter des Tarifvertrages steht damit fest ohne Rücksicht darauf, ob er im konkreten Fall ausschließlich durch Vereinbarung der Tarifpartei oder aber unter bestimmender Mitwirkung neutraler Behörden zustandekam. In jedem Fall ist er als Vereinbarung zwischen zwei Parteien anzusehen und damit ein vollgültiger privatrechtlicher Vertrag. Unter irgendeine der bestehenden zivilrechtlichen Vertragsformen läßt er sich allerdings nicht einreihen, er stellt ein Rechtsgebilde ganz neuer Art dar. Seine Rechtsverhältnisse sind geregelt in der TVV. vom 23. 12. 18. Ihr § 1 erklärt Arbeitsverträge zwischen „beteiligten Personen", die dem Inhalt des Tarifvertrags zuwiderlaufen, mit ganz unbedeutenden Ausnahmen für unwirksam. Nun ist aber die „Beteiligung" der Parteien am Tarifvertrag meist keineswegs ihrem freien Belieben überlassen, sondern eine zwangsläufige Folge der Zugehörigkeit zu den vertragsschließenden Vereinigungen. Nur in dem seltenen Fall, daß Parteien des Einzelarbeitsvertrages weder Mitglieder solcher Vereinigungen noch Vertragsparteien des Tarifvertrags sind, steht es in ihrem freien Willen, ob sie die Gültigkeit des Tarifvertrages auch für ihr Arbeitsverhältnis durch Berufung auf ihn (§ 1 II TVV.) vereinbaren wollen oder nicht.

§ 59. Ganz ausgeschaltet ist der Parteiwille dagegen dann, wenn der Tarifvertrag in einem hiefür eigens vorgesehenen Verfahren für „allgemein verbindlich" erklärt wurde. Dann ist ihm ausnahmslos jeder Arbeitsvertrag unterworfen, der nach Art der Arbeit unter den Tarifvertrag fällt, d. h. jedes Arbeitsverhältnis des betreffenden Berufszweiges. Abweichungen vom Inhalt des Tarifvertrages sind zwar möglich, nicht aber kraft freier Vereinbarung der Parteien des Einzelarbeitsvertrages, sondern kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Zulassung durch den Tarifvertrag. Auf solche Ausnahmen gegründete Vereinbarungen sind aber in ihrem weiteren Bestand auch nicht nur dem Willen der Vertragsparteien, sondern auch dem der Tarifparteien unterworfen, indem eine Abänderung des Tarifvertrages in dem einschlägigen Punkt ohne weiteres die Unwirksamkeit der abweichenden Regelung nach sich zieht.

§ 60. Ja, es steht den „Beteiligten" des Tarifvertrages nicht einmal frei, dem Abschluß ihres Einzelarbeitsvertrages ausschließlich die gesetzlichen Normalvorschriften oder auch nur den an und für sich zwingenden Inhalt einschlägiger Gesetze zugrundezulegen. Denn in gewissen Fällen ist den Parteien des Tarifvertrages — nicht des Arbeitsvertrages! — das Recht eingeräumt, von den für Einzelvertragsparteien zwingenden Vorschriften abzuweichen. Machen sie beim Abschluß des Tarifvertrages davon Gebrauch, so sind die Beteiligten auch hieran gebunden und gehindert, sogar die zwingenden Normen der Rechtsordnung zum Inhalt ihres Vertrages zu machen. Zugunsten welcher

Seite die Abweichung der Arbeitsbedingungen von den im TV. festgelegten erfolgt, spielt dabei keine Rolle. Denn nach § 1 Absatz I TVV. können die Tarifparteien durch besondere Vereinbarung auch Aenderungen zugunsten des Arbeitnehmers ausdrücklich mit der Folge ausschließen, daß entgegenstehende Vereinbarungen rechtsunwirksam sind. **Damit ist die Vertragsfreiheit endgültig erledigt.**

§ 61. Die Vorherrschaft des Tarifvertrages über den Inhalt der Einzelarbeitsverträge ist bezüglich aller Punkte gegeben, die den Inhalt selbst betreffen, also nach der oben befolgten Einteilung in den Punkten 2—7. Wie sich ja schon aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung ergibt, ist Gegenstand des Tarifvertrages keineswegs nur die Regelung der Lohnhöhe, wie der Name vermuten lassen könnte, sondern die Regelung des gesamten Arbeitsverhältnisses als solchen, was je nach Bedarf durch nur allgemeine Richtlinien und Leistungsgrenzen nach oben oder unten oder durch genaue, bis in jede Einzelheit ausgearbeitete Vorschriften über die beiderseitigen Ansprüche und Pflichten mit rechtsverbindlicher Wirkung für die Beteiligten geschehen kann.

Daß die Aufgabe der Tarifverträge nicht auf die Aufstellung von Lohntarifen beschränkt sein soll, sondern noch alle möglichen anderen Dinge erfaßt, ergibt sich als natürliche Folge aus der Aufzählung und Erwähnung einer Reihe weiterer Aufgaben des Tarifvertrages in verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen und Verordnungen, die also eine Ausdehnung der „Tarifvereinbarungen“ auf diese Gebiete offenbar vorsehen und wünschen.

§ 62. Es kann also leicht der Fall eintreten, daß die Bedingungen für den Arbeitsvertrag bereits in dem Tarifvertrag so erschöpfend und dazu unabdingbar geregelt sind, daß für irgendeine Vereinbarung der Einzelvertragsparteien außer dem Abschluß des Vertrages an sich überhaupt kein Raum mehr bleibt. Ist vollends ein solcher Tarifvertrag für „allgemein verbindlich“ erklärt, so herrscht bezüglich des Inhalts des Arbeitsvertrages innerhalb des Geltungsbereiches des Tarifvertrages praktisch Kontrahierzwang, der an Erscheinungen wie die Monopolstellung der Post, der Eisenbahnen etc. gemahnt. Das Monopol bestünde dann jeweils für diejenige Partei innerhalb einer Tarifgemeinschaft, mit deren Mitgliedern oder Angehörigen eine Arbeit oder Arbeiter suchende Einzelvertragspartei zu kontrahieren gezwungen ist.

§ 63. Den gleichen Einfluß auf den Inhalt des Arbeitsvertrages und damit die gleiche zerstörende Wirkung auf jegliche Vertragsfreiheit haben die übrigen gesetzlich zugelassenen Gesamtvereinbarungen:

1. Die Betriebsvereinbarungen (§ 78/II BRG.);
2. Die Arbeitsordnung (§ 78/III BRG.);
3. Die Richtlinien für die Einstellung und Entlassung der Arbeitnehmer (§ 78/VIII BRG.).

§ 64. 1. Die Betriebsvereinbarung nach § 78 II BRG., auch Hausvertrag oder Werktarif genannt, ist ein Tarifvertrag im kleinen, sie kann sowohl anstelle eines fehlenden Tarifvertrages treten, als auch die Lücken, die ein vorhandener Tarifvertrag aufweist, ausfüllen. Aus der im Gesetz gegebenen Aufzählung der Objekte einer Betriebsvereinbarung, die jedoch noch nicht einmal erschöpfend ist, wie der Ausdruck „namentlich" zeigt, ergibt sich, daß ihr Geltungsbereich sich so ziemlich auf alles erstreckt, was Gegenstand eines Einzelarbeitsvertrages sein kann. Die Betrachtungen und Untersuchungen über den Charakter und die Wirkungen des Tarifvertrages sind sinngemäß auch auf die Betriebsvereinbarung anwendbar.

§ 65. 2. Ebenso weitgehende und einschneidende Bestimmungen für die Regelung des Einzelarbeitsverhältnisses kann die Arbeitsordnung nach §§ 134 a und b RGO. enthalten; sie hat nunmehr durch die Regelung des BRG. auch den Charakter einer Gesamtvereinbarung bekommen, muß sich aber nach § 78 III BRG. im Rahmen der geltenden Tarifverträge halten.

Die Arbeitsordnung ist ihrem Ursprung nach nicht nur ein Mittel zur Regelung der rein schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern ihr Inhalt kann und wird gemäß § 134 b RGO. meistens ein Gemisch solcher Vorschriften sein, an welche der einzelne Arbeitnehmer sich durch Eingehung des Schuldverhältnisses gebunden hat und solcher, an welche er auch ohne vertragliche Vereinbarung schlechthin gebunden ist. Der Erlaß solcher Ordnungsvorschriften ist nämlich häufig der Ausfluß absoluter Rechte des Arbeitgebers, zu deren Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten es nicht erst eines Vertrages bedarf. Als solche absolute Rechte kommen vor allem in Frage das Eigentum und sonstige dingliche Rechte, die dem Eigentümer unbeschränkte Verfügungsgewalt über die Betriebsräume, über die Betriebseinrichtungen usw. geben, kraft deren er jedem Dritten Aufenthalt und Benützung verbieten, beschränken oder von der Beobachtung gewisser Verhaltungsmaßregeln abhängig machen kann. — Weiter kann es sich um Maßnahmen handeln, zu denen der Arbeitgeber allgemein verpflichtet ist, will er sich nicht einer mindestens fahrlässigen Verletzung materieller und immaterieller Rechtsgüter seiner Arbeitnehmer schuldig machen (§§ 823 ff. BGB.). Zur Erreichung dieser Ziele dienen in der Arbeitsordnung einerseits Vorschriften, durch die der Inhalt der Einzelarbeitsverträge in der betreffenden Richtung bestimmt wird, andererseits nichtvertragliche Vorschriften und sogar Strafdrohungen.

§ 66. Für die Auswirkungen auf den Einzelarbeitsvertrag ist es gleichgültig, ob die Arbeitsordnung **einseitig** vom Arbeitgeber nach Genehmigung durch irgendeine Behörde erlassen wird, wie es früher der Fall war, oder ob sie zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung der Arbeitnehmer nach § 78 3 BRG. vereinbart wird. Der einzelne Vertragschließende hat in beiden Fällen keine Möglichkeit, durch freie

Vereinbarung von den vertraglichen Bestimmungen dieser Satzungen abzuweichen oder sich von der Verpflichtung zur Beobachtung der Ordnungs- und Strafvorschriften zu befreien, selbst wenn diese „Abweichungen" und „Verstöße" nach der allgemein gültigen Rechtsordnung durchaus nicht widerrechtlich oder unwirksam wären. Hierin liegt natürlich wiederum eine weitgehende Beschränkung der Vertragsfreiheit.

§ 67. Da sich die Arbeitsordnung im Rahmen des Tarifvertrags halten muß, wird sie, soweit es sich um vertragliche Rechtsbeziehungen handelt, dessen Lücken ausfüllen, sonst wäre sie überflüssig; da sie zwischen den gleichen Kontrahenten geschlossen wird wie eine event. daneben noch vorhandene besondere Betriebsvereinbarung[10]) wird sie diese ergänzen, sonst wäre sie ebenfalls überflüssig. Ihr Anwendungsgebiet ist also, soweit sie vertraglichen Inhalts ist, der mehr oder weniger große Spielraum, den die übrigen Gesamtvereinbarungen zunächst dem Parteiwillen lassen; sind letztere nicht vorhanden, so hindert nichts, ihr Geltungsgebiet über ihren von § 134 b RGO. zwingend vorgeschriebenen Mindestinhalt hinaus auf Gebiete auszudehnen, die sonst in erster Linie Gegenstand von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen sind.

Die Wirkung der Arbeitsordnung ist in den ausgeprägtesten Fällen die, daß dem einen Vertragslustigen ein lückenloses, bis ins Kleinste ausgearbeitetes System von Vertragsbedingungen präsentiert wird, demgegenüber als einzige Aeußerung seiner Willensfreiheit für ihn die Möglichkeit besteht, entweder den präsentierten Vertragsvorschlag so, wie er ist, anzunehmen, oder ihn überhaupt abzulehnen. Von den sieben Punkten, die oben als Grundpfeiler jeglicher Vertragsfreiheit bezeichnet wurden, herrscht also ausschließlich noch bezüglich des ersten Vertragsfreiheit, nämlich bezüglich der Freiheit mit jedem beliebigen geschäftsfähigen Rechtssubjekt zu kontrahieren. — Mit der Dienstvorschrift gemäß § 66/5 BRG. verhält es sich genau so wie mit der Arbeitsordnung, nur besteht für sie kein Zwangsinhalt wie für die Arbeitsordnung. —

§ 68. 3. Aber selbst dieser kümmerliche Rest einst fast uneingeschränkter Herrschaft der im freien Spiel der Kräfte zustandegekommenen Vereinbarung ist in manchen Fällen geschwunden, nämlich da, wo zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung Richtlinien nach § 78 Ziff. 8 BRG. vereinbart wurden. Dieser Paragraph ermöglicht es, durch Gesamtvereinbarung für die Einstellung von Arbeitnehmern bestimmte Richtlinien aufzustellen, deren Außerachtlassung beim Abschluß eines Einzelarbeitsvertrages über den Einspruch des Arbeiter- bezw., was für Handlungsgehilfen in Frage kommt, des Angestelltenrates zur Lösung des Arbeitsverhältnisses durch arbeitsgerichtliches Urteil führen kann. Zwar ist die Wirkung dieser Richtlinien eine rein negative,

[10]) Arbeitsordnung und eine weitere Betriebs-Vereinbarung können auch nebeneinander bestehen. Kaskel, Arbeitsrecht, S. 57 u. 61.

indem niemand gezwungen, sondern nur verhindert werden kann, mit einer bestimmten Person zu kontrahieren und weiter die Gesamtvertragsparteien in der Festlegung solcher Richtlinien durchaus nicht unbeschränkt sind, doch bleibt gleichwohl die Tatsache ohne Abschwächung bestehen, daß durch diese Bestimmung jede Betätigung des freien Willens in einer von den Parteien nicht gewollten Richtung unmöglich wird. Was das für die Vertragsfreiheit im allgemeinen bedeutet, ist klar, denn ihr Gegensatz ist ebensowohl der Kontrahierzwang als das Kontrahierverbot.

§ 69. Was aber, wenn entgegen all diesen Regeln doch ein Einzelarbeitsvertrag mit abweichendem Inhalt geschlossen wurde?

Die Veränderungen, welche die Rechtslage in solchen Fällen mit der Umgestaltung des Arbeitsrechtes erfahren hat, sind eines der bemerkenswertesten Symptome der ganzen hier behandelten Entwicklung.

Die Erörterung der Frage, was jeweils rechtens sei, wenn die eine oder andere zwingende Vorschrift des Gesetzes außer Acht gelassen war, nahm in den älteren Kommentaren zum HGB. bezw. deren älteren Auflagen einen erheblichen Raum ein. Es war zwar ohne weiteres klar, zum Teil sogar im Gesetz selbst ausgesprochen, daß gewisse Verstöße die Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarung zur Folge hatten, unbestimmt waren dagegen oft die Folgen dieser Nichtigkeit für das Vertragsverhältnis im ganzen. Maßgebend hiefür waren vor allem die §§ 139 und 140 BGB. Welcher von beiden und wie im Einzelfalle sie anzuwenden seien, blieb Tatfrage und hing entscheidend davon ab, ob die Parteien den ganzen Vertrag ohne den nichtigen Teil gewollt hätten oder nicht. Das war, da es sich um Vertragsverhältnisse drehte, ganz folgerichtig, denn es entsprach dem Grundsatz und dem Wesen der das Recht der Schuldverhältnisse aus Verträgen beherrschenden Vertragsfreiheit.

§ 70. Die heutige Rechtsentwicklung drängt in solchen Fällen immer klarer dazu, die gesetzlichen Vorschriften einfach anstelle der unwirksamen zu setzen und im übrigen den Bestand des Vertrages ausdrücklich aufrechtzuerhalten. Eine solche Regelung ist in bestimmten Einzelfällen sogar im Gesetz selbst festgelegt, z. B. durch § 2,II STVO. und § 3 AKG.

§ 71. Für Kollisionen zwischen Einzelarbeits- und Tarifverträgen ist die Rechtslage im obigen Sinne ganz klar, denn § 1 TVV. bestimmt: „An die Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die Bestimmungen des Tarifvertrages". Der Streit um die Frage, ob die Parteien ohne die rechtswidrige Vertragsbestimmung einen Vertrag geschlossen hätten oder nicht, also die Rücksicht auf Willen und Vereinbarung der Parteien, scheidet damit aus. So kann es unter Umständen kommen, daß Parteien, die einen sehr eingehend ausgearbeiteten Vertrag über ein Arbeitsverhältnis geschlossen hatten, das aber in seinen sämtlichen Bestimmungen entweder den gesetzlichen Vorschriften oder aber vor allem einem geltenden Tarifvertrag zuwiderläuft, durch diese Konversion in

ein Vertragsverhältnis gezwungen werden, das ebenfalls durch die erwähnten Normen — bis in alle Einzelheiten geregelt ist, aber in allem das gerade Gegenteil von dem, was die Parteien vereinbarten, darstellt. Zu der teils mehr, teils weniger weitgehenden Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Einzelvorschriften und zu dem in besonderen Fällen möglichen Kontrahierungsverbot gesellt sich damit für bestimmte Fälle eine Rechtslage, bei welcher zur Annahme eines ausgesprochenen Kontrahierungszwanges lediglich noch der Zwang zum formellen Abschluß eines ungewollten Vertrages fehlt; denn praktisch stellt die erwähnte Konversion doch einen solchen dar.

## Kapitel VII.

## Die Autonomie als neuer Faktor im vertraglichen Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen.

§ 72. Bei den Faktoren, die nach den obigen Darlegungen eine so einschneidende Bedeutung für den Arbeitsvertrag des Handlungsgehilfen haben, handelt es sich um Normen von bisher im ganzen Privatrecht noch nicht gekanntem Wesen und Ursprung.

Sie sind weder reine Vertragsbestimmungen noch reine Gesetzesvorschriften, obwohl sie einerseits durch vertragliche Vereinbarungen festgestellt werden, andererseits in ihren Wirkungen sich den ordentlichen Gesetzen nähern, ihnen sogar oft gleichkommen. Sie entspringen vielmehr der Autonomie oder Satzungsgewalt, die der Staat als Träger der höchsten und ausschließlichen legislativen und exekutiven Gewalt eigenartigen, gesellschaftsähnlichen Gebilden, in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinigt sind, übertragen hat.

§ 73. Autonomie oder Satzungsgewalt ist die Befugnis bestimmter Personenkreise innerhalb des Staates, sich selbst Rechtssätze mit allgemein verbindlicher Kraft zu geben, welche sowohl von den Angehörigen des betreffenden Personenkreises als auch von jedem Dritten anzuerkennen sind und meist den gleichen Schutz genießen, wie die von der staatlichen Gesetzgebung geschaffenen Rechtsnormen. Die kraft Autonomie erlassenen Satzungen sind objektives Recht.

Solche Autonomie ist möglich auf öffentlich-rechtlichem und auf privatrechtlichem Gebiet. Ebenso kann Träger der Satzungsgewalt sowohl ein Gebilde des öffentlichen, als auch ein solches des Privatrechts sein. Die Satzungsgewalt kann auf eigener Macht, auf Willkür, sie kann aber auch auf Zulassung durch die allgemeine Rechtsordnung beruhen.

§ 74. In den früheren Zeiten der Rechtsentwicklung, wo oft sogar jede Sippe und noch mehr im Mittelalter, wo jede Gegend, jeder Stand, jede überhaupt nur irgendwie durch gemeinsame Interessen oder gemeinsame Eigenschaften zusammengehaltene Gemeinschaft eigene Satzungsgewalt ausübte, war die Autonomie eine der bedeutendsten Rechts-

quellen. Sie war vielfach vor der des Staates da, der sich erst nach und nach aus einer Vielheit solcher Gebilde aufbaute, und beruhte daher nicht auf staatlicher Genehmigung, sondern auf eigener Behauptung neben dem Staate, ja sogar gegen ihn. Daneben bestanden jedoch auch schon früher manche Autonomien, die bestimmten Ständen, Ländern, Städten, Gegenden gnädigst verliehen wurden.

§ 75. Später suchten die allmählich erstarkenden Zentralgewalten im Staat die kleineren Herren neben sich auszuschalten und deren Satzungsgewalt an sich zu reißen. Diese Entwicklung hatte in den sogenannten „Rechtsstaaten“ bis vor dem Kriege die aus eigener Macht bestehenden Autonomien fast restlos beseitigt. Letzte Ueberbleibsel erhielten sich im Familien- und Stammgüterrecht und im Hausrecht des Hochadels. (Art. 57, 58 und 59 EG. z. BGB.).

Dagegen hatte der Staat nach Ueberwindung des „Polizeistaates“ auf öfffentlich-rechtlichen Gebieten zugleich mit der Schaffung des wichtigen Instituts der provinziellen und kommunalen Selbstverwaltung seine Satzungsgewalt in Angelegenheiten, die zwar die Allgemeinheit als solche, aber nur in örtlich beschränktem Umfang, berührte, auf staatliche Unterorgane übertragen. Auf rein privatrechtlichem Gebiet dagegen ließ der Staat neben sich eine selbständige Satzungsgewalt nur in Dingen zu, an denen er ausgesprochen desinteressiert war, nämlich bezüglich der Regelung des Innenlebens bestimmter nach außen abgeschlossener Personenvereinigungen, Vereine, Gesellschaften etc., wobei die Unterwerfung des einzelnen Individuums unter diese Satzungen immer auf Vertrag beruhte, also von seinem freien Willensentschluß abhing. [11])

§ 76. Von diesen Ausnahmen, die, wie gesagt, nur in internen Angelegenheiten bestimmter freiwillig zusammengetretener Personenkreise Geltung hatten, abgesehen, war der Faktor „Autonomie“ für die Beziehungen von Mensch zu Mensch, von Rechtssubjekt zu Rechtssubjekt, vollkommen ausgeschaltet. Die Privatrechtssphäre des Einzelnen und zwar sowohl die Rechtsbeziehungen des täglichen Lebens, wie auch die des Wirtschafts- und Berufslebens, blieben von ihm gänzlich unberührt, für sie gab es nur eine Art von Rechtsnorm: Die staatlichen Gesetze. Auch die Rechtsverhältnisse des Arbeitsvertrages des Handlungsgehilfen machten hievon keine Ausnahme. Denn sein Arbeitsvertrag begründete ein Schuldverhältnis wie jedes andere auch. Er konnte gemäß den Ausführungen im § 26 in genau der gleichen Weise geschlossen werden und sein Inhalt nach den gleichen Grundsätzen festgesetzt werden wie jeder andere, was a. a. O. bereits ausführlich dargelegt wurde.

§ 77. Ansätze zu autonomen Gebilden im gewerblichen Rechtsleben sehen wir allerdings schon vor dem Kriege in den Handels- und Handwerkskammern, Innungen etc. und ähnlichen Vereinigungen hinsicht-

---

[11]) Cosack, Lehrb. d. bürg. Rechts, § 9 III 1a. u. § 31 IV 1 d; Kaskel, Arbeitsrecht, S. 13, 20 u. 80; Ehrenbergs Handbuch, Band I S. 265; Fleischmann, Wörterbuch Band I S. 290.

lich der ihnen kraft öffentlichen Rechts übertragenen Aufgaben. Aber selbst wenn die einen oder die anderen von ihnen sich gelegentlich mit Arbeitsv e r t r a g sverhältnissen generell oder individuell befassen mußten, hatten sie auf die schuldrechtlichen Beziehungen der Vertragsparteien keinen oder einen rein negativen (beschränkenden) Einfluß. Etwas weiter ging in dieser Richtung die Befugnis bezw. die Pflicht zum Erlaß von Arbeitsordnungen. Sie gab, besonders nach § 139 k RGO. die Möglichkeit, Teile des Inhalts eines Arbeitsvertrages mit einer dem Gesetz ähnlichen Wirkung ohne aktive Mitwirkung des Gesetzgebers zu regeln. Aber alle diese Träger und Ausflüsse einer in der Entwicklung begriffenen Autonomie waren Träger bezw. Ableitungen öffentlich-rechtlicher Aufgaben und die autonome Betätigung daher auch ausschließlich oder überwiegend als öffentliche Funktion anzusehen.

§ 78. Diese Rechtslage änderte sich grundlegend mit dem Augenblick, wo die Gesetzgebung direkt oder indirekt die Satzungsgewalt der Körperschaften anerkannte, die zwar schon früher versuchten, bei der Regelung arbeitsrechtlicher Verhältnisse mitbestimmend aufzutreten, deren Macht aber bisher noch ausschließlich vom Parteiwillen abhing, keine andere Grundlage hatte und keinen weiteren Schutz genoß, als irgendeine Personenvereinigung des bürgerlichen Rechts.

Von nun an beginnen die Gesamtvereinbarungen aller Art, allen voran der Tarifvertrag, das Arbeitsverhältnis zu beherrschen und was für Arbeitsverhältnisse im allgemeinen gilt, gilt auch hier im besonderen für dasjenige des Handlungsgehilfen. Die umwälzende Bedeutung dieser Gesamtvereinbarungen für das Arbeitsrecht (besonders beim Handlungsgehilfen durch den Gegensatz zu der früheren weitgehenden Vertragsfreiheit) beruht gerade auf der ihren Urhebern verliehenen Satzungsgewalt. Ohne sie bliebe der Tarifvertrag eine vertragliche Vereinbarung wie jede andere, bei welcher die Beteiligung oder Nichtbeteiligung jedem freisteht; durch sie aber wird das Ergebnis vertraglicher Verhandlungen und oftmals auch wirtschaftlicher Machtkämpfe z u m G e s e t z e r h o b e n, dem schlechtweg jeder Beteiligte unterworfen ist. Gegenstand solcher Gesamtvereinbarungen kann alles sein, was das staatliche Gesetz nicht schon vorweg zwingend geregelt hat. Diese ausgedehnte Kompetenz ergibt sich zweifelsfrei aus dem Gesetz. § 1/I TVV. unterstellt dem Tarifvertrag die Regelung der Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen ohne irgendwelche Einschränkung; § 66/V BRG. hat ebenfalls ohne Einschränkung „gemeinsame Dienstesvorschriften“ zum Gegenstand; § 78.I BRG. beschäftigt sich mit der Mitwirkung der Arbeiter-, Angestellten- oder der Betriebsräte bei der Regelung der „Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse“, was ebenfalls unbedenklich die weiteste Auslegung zuläßt, unbeschadet der besonderen Aufgaben, die den genannten Organen durch beispielsweise Aufzählung zugewiesen sind. Auch § 78/3 BRG. begrenzt den Inhalt der Arbeitsordnung und der „sonstigen

Dienstvorschriften" nicht im geringsten; zu diesen mannigfachen Möglichkeiten kommen noch die Aufgaben, die ausdrücklich als Gegenstand der betreffenden Gesamtvereinbarung aufgeführt sind, z. B. in § 78 Ziff. 2 II, III, IV, V BRG. und im § 78 Ziff. 8 BRG.

§ 79. Die staatliche Gesetzgebung hat hier teils durch Anerkennung, teils durch Umgestaltung, teils durch Ausbau bereits vorhandener Einrichtungen planmäßig ein System von Instanzen geschaffen, die ihr auf dem Gebiete des Arbeitsrechts einen großen Teil einer Arbeit abnehmen, die im Interesse des wirtschaftlichen und gewerblichen Friedens und gesunder Rechtsverhältnisse unbedingt geleistet werden muß, die aber andererseits infolge der Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens und des häufigen Erfordernisses einer raschen Regelung besonderer Verhältnisse unmöglich mehr von einer Zentralstelle aus mit einem verhältnismäßig schwerfällig arbeitenden Gesetzgebungsapparat bewältigt werden kann.

Dabei ist allerdings zu beachten, daß der wirtschaftlich und sozialpolitisch weitaus bedeutendste Ausfluß dieser Satzungsgewalt, der Tarifvertrag, nicht in allen Fällen für jeden Brancheangehörigen gesetzesähnliche Verbindlichkeit hat, sondern nur für die „Beteiligten" im Sinne des § 1 TVV. Trotzdem beruht er auf Autonomie, denn er entspringt der Befugnis bestimmter Personenkreise, nämlich der Tarifgemeinschaften, sich selbst Rechtssätze mit allgemein verbindlicher Kraft zu geben, welche sowohl von den Angehörigen des betreffenden Kreises, als auch von Dritten anzuerkennen sind. Solange ein Arbeitnehmer, also auch ein Handlungsgehilfe, an ihm beteiligt ist, ist er seinen Bestimmungen gleich dem Gesetz unterworfen, mag er wollen oder nicht. Die Parteien des Tarifvertrages greifen hier also rechtsgestaltend in die Rechtsverhältnisse der Beteiligten ein und dieser Eingriff in eine fremde Rechtssphäre ist rechtsverbindlich, ohne daß der Beteiligte sich im einzelnen Fall dagegen irgendwie schützen könnte.

§ 80. Bedeutend weiter geht freilich die Wirkung dieser Autonomie bei einem Tarifvertrag, der für „allgemein verbindlich" erklärt ist, und bei allen Vereinbarungen, die die Belegschaft nur eines Werkes treffen und unter Mitwirkung von dessen Betriebs- und Angestelltenrat getrofffen wurden. Denn in diesen Fällen besteht für die „Beteiligten" die Bindung an jene Satzung nicht in der jederzeit zu lösenden Mitgliedschaft bei einer Vereinigung, sondern mit der Zugehörigkeit zu einem beteiligten Beruf, zu einem bestimmten Betrieb ist zwangsläufig die Beteiligung verbunden. Der Betroffene kann seinen Willen höchstens noch mit zweifelhaftem Erfolg bei der Betriebsrats- oder Verbandswahl etc. betätigen.

§ 81. Jedenfalls bildet die in Rechtsvereinbarungen sich auswirkende Autonomie [12]) in den angedeuteten Formen einen Faktor, der für die Beurteilung des Arbeitsvertrages eines Handlungsgehilfen bisher be-

[12]) Dernburg, Bürg. Recht, Band I S. 56, Fleischmann, Wörterbuch u. Cosack, Lehrbuch wie unter [11]); Kaskel, Arbeitsrecht, S. 13 u. S. 20 Anm. 2.

deutungslos war, nunmehr aber seinen Arbeitsvertrag fast unbedingt beherrscht, da er überall und jederzeit den Inhalt des Arbeitsvertrages so erschöpfend regeln kann, wie ein bis ins Kleinste ausgearbeiteter Vertrag, andererseits die Wirkung des Gesetzes hat, das sich sonst mit einer so ins Einzelne gehenden zwingenden Regelung nie befaßt.

Erst wenn man Ursprung und Wesen dieser Autonomie kennt, begreift man, wie die Entwicklung der Kollektivabkommen bezüglich der Arbeitsverhältnisse eine so beherrschende und eine so weitgehende Bedeutung erlangen konnte, daß der Abschluß eines Einzelarbeitsvertrages ihnen gegenüber fast zu einer bloßen Formalität, zu einer Annahmeerklärung eines für alle Fälle ein für allemal unabdingbar festgelegten Vertragsangebotes herabsinken mußte.

## Kapitel VIII.

### Zusammenfassung. Schlußbetrachtungen.

§ 82. Es soll nicht verkannt werden, daß für einen großen Teil von Einzelarbeitsverhältnissen der Handlungsgehilfen nicht alle hier aufgeführten Bestimmungen ohne weiteres anwendbar sind und infolgedessen die Umwälzungen in der jetzigen Rechtslage gegenüber der früheren vielfach keine so ungeheuren sind, wie hier dargetan. Teils sind die zwingenden gesetzlichen Vorschriften mit Rücksicht auf Art und Umfang des Gewerbes oder auf Art der Dienstleistung nicht anwendbar, teils sind Arbeitgeber oder Arbeitnehmer oder auch beide nicht in tariffähigen Gemeinschaften organisiert, sodaß für sie nur allgemein verbindliche Tarifverträge in Frage kommen, teils sind die Voraussetzungen für Betriebsvereinbarungen im weiteren Sinne nicht gegeben (z. B. zu kleiner Betrieb, kein Betriebsrat, kein Angestelltenrat). Für Arbeitsverhältnisse dieser Art können alle Faktoren, durch welche gleichartige, aber individuell andere Arbeitsverhältnisse geregelt sind, unter dem Gesichtspunkt der „Ortsüblichkeit" oder „Angemessenheit" nach § 59 HGB. bedeutsam sein.

§ 83. Jedenfalls steht dem im bisherigen Handelsrecht und Handelsarbeitsrecht verwirklichten Postulat der möglichst weitgehenden Vertragsfreiheit heute die Tatsache gegenüber, daß im Einzelfall für irgendeine Vereinbarung, die über Annahme oder Ablehnung des in allen Punkten durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvorschriften und -richtlinien festgelegten Vertragsinhaltes hinausgeht, unter Umständen kein Raum mehr bleibt.

§ 84. Zweck der vorstehenden Abhandlung war, an einem Ausschnitt aus dem Rechtsleben eine umwälzende, in ihrer Tragweite sicherlich vielfach noch lange nicht genügend gewürdigte Phase unserer Rechtsentwicklung kritisch zu beleuchten.

Eine umfassende und erschöpfende Darstellung der heutigen Rechtslage in allen ihren einzelnen Normen war nicht Aufgabe dieser Dissertation. Sie hätte sich notwendig zu einem mehrbändigen Kommentar der augenblicklich geltenden Normen ausgewachsen. Dieses Unternehmen möge berufeneren Federn und der Zeit nach einheitlicher Kodifikation des gesamten Stoffes vorbehalten bleiben.

Ebensowenig war eine Kritik in sachlicher Hinsicht beabsichtigt: Betrachtungen de lege ferenda über die Erwünschtheit oder Unerwünschtheit der einen oder anderen Rechtslage schieden vollkommen aus. Es sollte lediglich wissenschaftlich dargelegt werden, wie grundlegend sich im Laufe von Jahrzehnten infolge der Entwicklung des gesamten Kultur- und Wirtschaftslebens auch allgemein gültige Grundsätze des Rechts ändern können und ändern müssen, da das, was vor fünfzig Jahren als Gipfel der Weisheit galt, inzwischen neuen Erkenntnissen und Erfordernissen weichen mußte und doch vielfach schon damals in seiner Anlage das Kommende bereits ahnen ließ oder heute in seinen letzten Ueberbleibseln einen Bestandteil des Neuen bildet.

Am geeignetsten erschien auf dem Gebiet des Arbeitsrechtes hiezu das Vertragsverhältnis des Handlungsgehilfen. Denn da dieses im Gegensatz zu den Arbeitsverhältnissen allgemeiner Art bereits früher durch die Vorschriften des 6. Abschnittes des HGB. ziemlich eingehend behandelt war, bot sich gerade hier günstige Gelegenheit zu lehrreichen Gegenüberstellungen.

Das Ergebnis dieser Dissertation mag sohin füglich gekennzeichnet werden durch das Dichterwort:

„Das Alte stürzt, es ändert sich die Zeit
und neues Leben blüht aus den Ruinen!“

# Literaturverzeichnis.

**Dernburg,** Bürgerliches Recht. Aufl. 1906/10.
**Enneccerus,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Aufl. 1926/27/28.
**Cosack,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 7./8. Aufl.
**Crome,** System des deutschen bürgerlichen Rechtes und Lehrbuch des **Handels**rechtes. 2. Aufl.
**Schreuer,** Deutsches Privatrecht. Aufl. 21.
**Melsbach,** Deutsches Arbeitsrecht. Aufl. 23.
**Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Aufl.
**Müller=Erzbach,** Deutsches Handelsrecht. 2./3. Aufl.
**Hoeniger=Wehrle,** Arbeitsrecht. 13. Aufl.
**Düringer=Hachenburg,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.
**Frankenburger,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 5. Aufl.
**Sehling,** Deutsches Handelsrecht. Aufl. 24.
**Jadesohn,** Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands. Aufl. 23.
**Ehrenberg,** Handbuch des Handelsrechts. Aufl. 13 und 18.
**Fleischmann,** Wörterbuch des Staats= und Verwaltungsrechts.
**Tietze,** Das Recht des kaufmännischen Personals. Aufl. 18.
**Tietze,** Arbeitsrecht in Ehrenberg's Handbuch. Aufl. 18.
**Anschütz,** Die deutsche Reichsverfassung vom 11. 8. 1919. 8. Aufl.
**Giese,** Die deutsche Reichsverfassung vom 11. 8. 1919. 7. Aufl.
**Staudinger,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl.
**Planck,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl.
**Reichsgerichtsräte,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 6. Aufl.
**Landmann,** Kommentar zur Reichsgewerbeordnung. 7. Aufl.
**Stier=Somlo,** Kommentar zur Reichsgewerbeordnung. Aufl. 23.
**Stier=Somlo,** Angestelltenversicherungsgesetz. Aufl. 24/27.
**Nikisch,** Die Grundformen des Arbeitsvertrages.
**Reger=Stössel,** Kommentar zur Reichsgewerbeordnung. 8. Aufl.
**Baumbach,** Das Arbeitsgerichtsgesetz. Aufl. 27.
**Kalle und Gros,** Taschenbuch des Arbeitsrechts. 7. Aufl.
**Dersch=Volkmar,** Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz. 3. Aufl.
**G. Erdmann,** Verordnung über die Arbeitszeit (Arbeitszeitnotgesetz). 4. Aufl.
**Potthof=Jadesohn=Meißinger,** Rechtsprechung des Arbeitsrechts. 2. Aufl.
**Flatow,** Kommentar zum Betriebsrätegesetz. 12. Aufl.
**Kaskel,** Arbeitsrecht (in der Enzyklopädie der Rechts= und Staatswissenschaft; Bd. XXXI). 3. Aufl.

# Lebenslauf.

Ich, **Ruprecht** Karl Eduard Strauß, wurde am 17. Januar 1902 zu Frankenthal in der Rheinpfalz als Sohn des damaligen Fabrikdirektors **Josef** Eduard Strauß und seiner Ehefrau Karoline Ottilie, geb. Strauß, geboren.

Ich besuchte die Volksschule zu Pasing bei München, Augsburg und Nürnberg, darauf das Realgymnasium zu Nürnberg, woselbst ich im Mai 1921 die Reifeprüfung bestand. In der Folgezeit widmete ich mich an verschiedenen Universitäten dem Studium der Rechtswissenschaften, und zwar zu Erlangen WS. 1921/1922, zu Freiburg i. Breisgau SS. 1922 bis WS. 1923/1924, zu Graz SS. 1924 und zu München WS. 1924/1925 und SS. 1925, woselbst ich am 15. Juli 1925 das Referendarexamen bestand.

Meinen praktischen Vorbereitungsdienst leistete ich beim Amtsgericht, beim Landgericht, bei der Polizeidirektion Nürnberg, beim Bezirksamte Lauf a. Pegnitz und bei Rechtsanwalt Dr. Obermeier in Nürnberg in der Zeit vom 3. 8. 1925 bis 2. 8. 1928 ab.

Während des Wintersemesters 1927/1928 war ich zu Erlangen als Hörer der juristischen Fakultät immatrikuliert.

Im November/Dezember 1928 legte ich in Nürnberg mit Erfolg die Staatsprüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst ab.

Ich besitze die bayerische Staatsangehörigkeit kraft Abstammung.

Nürnberg, im März 1929.

**R. Strauß.**